



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
INSTITUTO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – I
MESTRADO EM DIREITO

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHIN

A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DO TRATAMENTO
JUSTO E EQUITATIVO AO BRASIL

BRASÍLIA
2020

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHIN

**A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DO TRATAMENTO
JUSTO E EQUITATIVO AO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito pelo programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, área de concentração 2 (Políticas Públicas, Relações Privadas e Desenvolvimento), linha de pesquisa IV (Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico).

**BRASÍLIA
2020**

ACHTSCHIN, Leonardo Vieira Arruda.

A aplicabilidade da cláusula do tratamento justo e equitativo ao Brasil.

Brasília, 2020.

160 p.

Dissertação (Mestrado). Centro Universitário de Brasília, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Nitish Monebhurrin.

1. Direito Internacional dos Investimentos. 2. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. 3. Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHIN

A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO AO BRASIL

Dissertação apresentada ao curso de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nitish Monebhurrn.

Brasília-DF, 24 de abril de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nitish Monebhurrn
(orientador - UniCEUB)

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella
(membro interno - UniCEUB)

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini
(membro externo – UFRGS)

Profa. Dra. Ivette Esis Villarroel
(membro convidado – Universidad Autónoma de Chile)

RESUMO

A cláusula do tratamento justo e equitativo (TJE) constitui atualmente a principal norma do Direito Internacional dos Investimentos. Essa importância vem sendo aquilatada ao longo de décadas, tanto em razão da celebração de tratados de proteção de investimentos quanto pela evolução decorrente das decisões de tribunais arbitrais. Tão grande é a relevância da cláusula TJE que essa norma do Direito Internacional se transformou em verdadeira norma consuetudinária do Direito Internacional dos Investimentos. No entanto, embora modernamente se reconheça a relevância da cláusula, o Brasil tradicionalmente se recusa a aceitar a inclusão dessa norma em seus Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), fazendo-o sob um discurso calcado em argumentos de soberania nacional. Não obstante, ainda que os ACFIs não prevejam a cláusula TJE, a análise empreendida neste trabalho identifica a manifestação daquela norma no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a análise das categorias do TJE (e.g. expectativas legítimas, proporcionalidade/razoabilidade, não discriminação, transparência, devido processo legal e boa-fé) à luz do sistema jurídico brasileiro permite que se conclua que o ordenamento brasileiro já confere proteção ao investidor estrangeiro na mesma envergadura daquela proporcionada pelo TJE. Essa constatação tem o mérito de servir de argumento ao governo brasileiro para sua relutância na aceitação da cláusula TJE.

Palavras-chaves: 1. Direito Internacional dos Investimentos. 2. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. 3. Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo.

ABSTRACT

Fair and equitable treatment (FET) clause is currently the main norm of International Investment Law. This importance has been assessed over decades, both due to the signing of investment protection treaties and the evolution resulting from the decisions of arbitration courts. The relevance of the FET clause is so pronounced that this norm has become a customary norm of International Investment Law. However, although recognized currently as a relevant norm, Brazil traditionally refuses to accept the inclusion of it in its Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs), especially based on sovereignty arguments. Nevertheless, even though the ACFIs do not provide the FET clause, the analysis undertaken in this work identifies the manifestation of that standard in the Brazilian legal system. In this sense, the analysis of the FET categories (e.g. legitimate expectations, proportionality/reasonableness, non-discrimination, transparency, due process and good faith) in the light of the Brazilian legal system allows one to conclude that the Brazilian system already provides protection to foreign investors on the same scale as provided by the FET. This finding has the merit of serving as an argument for the Brazilian government for its reluctance to accept the FET clause.

Keywords: 1. International Investment Law. 2. Cooperation and Facilitation Investment Agreement. 3. Fair and Equitable Treatment Clause.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Institutos promotores das expectativas legítimas e proteção da confiança

Quadro 2 - Equivalente do padrão TJE no Ordenamento jurídico brasileiro

Quadro 3 - Equivalente do padrão TJE no Ordenamento jurídico brasileiro

Quadro 4 - Características da Categoria das Expectativas Legítimas

Quadro 5 - Correspondência entre Expectativas Legítimas e Princípio da Confiança Legítima

Quadro 6 - Correspondência entre Razoabilidade e Proporcionalidade e Princípio da Proporcionalidade em Sentido Lato

Quadro 7 - Correspondência entre Não Discriminação e Princípio da Igualdade e da Não Discriminação

Quadro 8 - Correspondência entre Transparência e Princípio da Publicidade

Quadro 9 - Correspondência entre Devido Processo Legal e Princípio do Devido Processo Legal Formal e Material

Quadro 10 - Correspondência entre Boa-fé e Princípio da Boa-fé Objetiva

LISTA DE ABREVIATURAS

ACFI - Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos

APPI – Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos

BIT – *Bilateral Investment Treaties*

CAMEX – Câmara de Comércio Exterior

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CTN – Código Tributário Nacional

EAU – Emirados Árabes Unidos

FET – *Fair and Equitable Treatment*

ICSID – Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos

NAFTA – Acordo Norte-Americano de Livre Comércio

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PCFI – Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJE – Tratamento Justo e Equitativo

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento

UNICTRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

AGRADECIMENTOS

Empreender um projeto da envergadura de um mestrado não é uma tarefa trivial, ainda mais concomitantemente ao desempenho de uma profissão e da necessária atenção à família.

No entanto, embora a tarefa seja árdua em razão dessas particularidades, são justamente elas que me deram forças para concluir o mestrado em Direito.

Diante disso, agradeço aos meus pais pelo exemplo valioso de que a vida premia aqueles que se esforçam e não desistem de seus projetos e sonhos.

Igual reconhecimento é feito ao apoio incondicional de minha esposa Vanessa, a qual sempre me incentivou e apoiou nessa caminhada durante o mestrado.

Aos meus filhos Gustavo e Guilherme, fonte de inspiração para que eu me tornasse não só um acadêmico e profissional melhor, mas principalmente um exemplo de superação e força de vontade. Ainda que não tenham consciência, eles foram fundamentais nessa jornada.

Agradeço ainda ao professor Nitish Monebhurrin, acadêmico dedicado com o qual tive a felicidade de cruzar ainda no início do programa de mestrado em Direito. Dentro das limitações materiais e temporais existentes procurei extrair o máximo de proveito de seu conhecimento, cujo processo dialético teve como resultado a presente dissertação de conclusão de mestrado em Direito.

Agradeço também aos professores do programa de mestrado em Direito do UniCEUB e a toda a equipe da Coordenação de Pós-Graduação do UniCEUB. Também sou muito grato aos professores que compuseram minha banca de defesa de dissertação, os quais contribuíram sobremaneira para o enriquecimento deste trabalho.

Enfim, agradeço à vida por me dar a oportunidade de obter esse título de mestre em Direito, situação desejada por muitos, mas que no Brasil infelizmente constitui um privilégio de poucos. Sinto-me um afortunado por ter essa possibilidade.

SUMÁRIO

A aplicabilidade da cláusula do tratamento justo e equitativo ao Brasil

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1. A METODOLOGIA ADOTADA PARA A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
1.1. Da metodologia para a identificação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua natureza de norma consuetudinária.....	11
1.2. Da justificativa para a escolha da categoria das expectativas legítimas para a identificação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
1.2.1. A categoria das expectativas legítimas como pilar da cláusula do tratamento justo e equitativo.....	15
1.2.2. As demais categorias como vetores de convencimento de uma equiparação do ordenamento jurídico brasileiro à cláusula do tratamento justo e equitativo	20
CAPÍTULO 2. A RELATIVIZAÇÃO DA RESISTÊNCIA BRASILEIRA COMO PONTO DE PARTIDA PARA A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
2.1. Uma relativização jurídica como pressuposto para a mitigação do argumento de não aceitação da cláusula do tratamento justo e equitativo.....	25
2.1.1. A relativização da tradicional resistência brasileira diante da transformação da cláusula TJE em norma consuetudinária	26
2.1.1.1. A demonstração da evolução da cláusula TJE à condição de costume do Direito Internacional dos Investimentos	26
2.1.1.2. A confirmação pelos tribunais arbitrais da evolução da cláusula TJE à condição de costume do Direito Internacional dos Investimentos	32
2.1.2. O Brasil como objeção persistente da cláusula TJE consuetudinária	37
2.2. A relativização da justificativa político-diplomática em razão da definição do conteúdo do TJE.....	40
CAPÍTULO 3. A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DAS CATEGORIAS TJE	52
3.1. A categoria das expectativas legítimas como elemento balizador da identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro	53
3.1.1. A categoria das expectativas legítimas no Direito Internacional dos Investimentos	54
3.1.2. A identificação da categoria das expectativas legítimas no direito brasileiro por meio do princípio da proteção da confiança.....	59
3.2. As demais categorias da cláusula TJE como elementos de suporte à identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro	66

3.2.1. A categoria da razoabilidade e da proporcionalidade	66
3.2.1.1. A categoria da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Internacional dos Investimentos.....	67
3.2.1.2. A identificação da categoria da razoabilidade e da proporcionalidade no direito brasileiro por meio do princípio da proporcionalidade em sentido lato	70
3.2.2. A categoria da não discriminação.....	74
3.2.2.1. A categoria da não discriminação no Direito Internacional dos Investimentos.....	75
3.2.2.2. A identificação da categoria da não discriminação no direito brasileiro por meio do princípio da igualdade	79
3.2.3. A categoria da transparência.....	84
3.2.3.1. A categoria da transparência no Direito Internacional dos Investimentos	84
3.2.3.2. A identificação da categoria da transparência no direito brasileiro por meio do princípio da publicidade.....	88
3.2.4. A categoria do devido processo legal	94
3.2.4.1. A categoria do devido processo legal no Direito Internacional dos Investimentos.....	94
3.2.4.2. A identificação da categoria do devido processo legal no ordenamento brasileiro por meio do princípio do devido processo legal formal e material...97	
3.2.5. A categoria da boa-fé	101
3.2.5.1. A categoria da boa-fé no Direito Internacional dos Investimentos ...	102
3.2.5.2. A identificação da categoria da boa-fé no ordenamento brasileiro por meio da regra da boa-fé objetiva.....	103
CAPÍTULO 4. O PAPEL DA GOVERNANÇA INSTITUCIONAL DOS ACFIs PARA A CORRESPONDÊNCIA ENTRE O TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	109
4.1. A função de “coordenador de diálogo” do Comitê Conjunto como forma de confirmação da correspondência entre o tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro.....	110
4.2. A atuação material de “facilitador de diálogo” do Ponto Focal Nacional para a confirmação da correspondência entre o tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro.....	116
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	126
APÊNDICE A.....	146

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais de proteção de investimentos estrangeiros contêm cláusulas-padrão¹ que foram sendo moldadas ao longo de décadas de evolução deste ramo do Direito Internacional Público. Dentre uma dessas cláusulas que visam proteger os interesses dos investidores pode-se citar a cláusula do tratamento justo e equitativo (TJE).

A evolução dessas cláusulas de proteção dos investidores estrangeiros se deu mediante previsão nos chamados Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs², no acrônimo em inglês), também denominados Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs).³

A concepção de tais acordos foi gestada a partir da década de sessenta do século passado, fruto dos processos de descolonização dos países africanos e de movimentos que visavam fomentar a proteção dos investidores em outros países. Esses acordos evoluíram paulatinamente ao longo das décadas subsequentes, alcançando seu auge nos anos noventa, quando os BITs se tornaram o modelo de acordo de proteção de investimentos ordinariamente utilizado por diversos países.

Desde a década de noventa, portanto, a importância da consolidação dos BITs se fez notar no elevado número de acordos celebrados, contando-se, até o ano de 2018, o total de 3.339 tratados vigentes⁴. Esse total de acordos de investimentos engloba tanto tratados bilaterais quanto tratados de livre-comércio que contêm capítulo disciplinando a atração e proteção de investimentos.

Embora os BITs se tenham tornado o modelo de acordo de proteção de investimentos dominante no cenário internacional do direito dos investimentos, o Brasil sempre se mostrou reticente quanto à adoção dessa modalidade de

¹ Dentre tais cláusulas, pode-se citar: Cláusula do Tratamento Nacional, Cláusula da Nação Mais Favorecida, dentre outras.

² Do inglês *Bilateral Investment Agreement*.

³ Tanto a sigla “APPI” quanto o acrônimo “BIT” designam, via de regra, o mesmo objeto, qual seja, os acordos de investimentos. Por questão de convenção, opta-se pela utilização da sigla “BIT” neste trabalho, pois mais disseminada na literatura.

⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Investment Policy Monitor. Issue 20. Geneva: UNCTAD, 2018. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2018d5_en.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

acordo⁵. Isso se deveu principalmente em razão de sua contrariedade em relação a determinadas cláusulas contidas nos acordos tradicionais.⁶

Nesse sentido, destaque-se que na década de noventa do século passado, período justamente no qual esses tratados apresentaram um aumento significativo no cenário internacional, o Brasil, embora tenha assinado 14 (catorze) BITs⁷, acabou por não aprová-los no Poder Legislativo.

Diante desse cenário, buscando celebrar tratados internacionais de proteção de investimentos que refletissem um maior equilíbrio na relação investidor-Estado, passa o Brasil, a partir dos anos 2000, a formatar um modelo peculiar de acordo de proteção de investimentos. Transcorrida mais de uma década de negociações entre diversos órgãos nacionais, o governo brasileiro passa a adotar um modelo próprio de tratado, algo inédito até então devido a dispositivos que lhe são próprios. Trata-se do chamado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI).

Dessa forma, desde 2015 o Brasil celebrou 13 (treze) ACFIs⁸ e 1 (um) Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI) no âmbito do MERCOSUL.

Os ACFIs contêm uma lógica bastante distinta dos tradicionais tratados de proteção de investimentos. O modelo brasileiro busca uma relação mais

⁵ Deve-se registrar que o Governo Federal se mostrou favorável ao modelo de BIT da época, tanto que celebrou 14 (catorze) BITs em nível internacional, representando a República Federativa do Brasil. No entanto, o Congresso Nacional, movido à época por interesses contrários a esse modelo de tratado de investimento, mostrou-se contrário à aprovação dos tratados a ele submetidos, o que levou o Poder Executivo a retirar os mesmos de tramitação.

⁶ O Congresso Nacional brasileiro, à época, mostrava-se contrário a algumas disposições bem peculiares dos BITs, tais como, por exemplo, a cláusula do tratamento justo e equitativo e o sistema de solução de controvérsias Investidor-Estado.

⁷ Os BITs foram assinados com os seguintes países: Alemanha, Bélgica e Luxemburgo, Chile, Coreia do Sul, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Itália, Portugal, Reino Unido, Suíça e Venezuela.

⁸ Os ACFIs firmados até o momento foram: ACFI Brasil-Moçambique, ACFI Brasil-Angola, ACFI Brasil-Maláui, ACFI Brasil-Chile, ACFI Brasil-Peru, ACFI Brasil-Colômbia, ACFI Brasil-México, ACFI Brasil-Etiópia, ACFI Brasil-Suriname, ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, ACFI Brasil-Marrocos, ACFI Brasil-Ecuador e ACFI Brasil-Índia.

equilibrada entre investidor e Estado⁹, o que pode ser constatado da análise de cláusulas peculiares a esses acordos.¹⁰

Conforme essa nova concepção de tratado de proteção de investimentos estrangeiros elaborada pelo Brasil, o país continuou mantendo seu histórico afastamento da cláusula TJE, refutando sua inserção nos textos dos ACFIs celebrados.

A relutância brasileira em fazer constar qualquer menção ao TJE em seus tratados só veio a ser relativizada a partir da assinatura do ACFI Brasil-Suriname¹¹, o qual previu, no Artigo 4(3) que a Cláusula TJE não está abrangida pelo tratado.¹²

Alguns ACFIs posteriores àquele com o Suriname passaram a trazer idêntica disposição, como se constata no ACFI Brasil-Guiana, cuja previsão encontra-se no artigo 4(4)¹³, e no ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos (EAU), em seu artigo 4(3).^{14 15}

⁹ Os tradicionais tratados de investimentos são frequentemente criticados por conterem cláusulas mais favoráveis aos investidores do que aos Estados, havendo aí um desbalanceamento nas obrigações das partes contratantes. Uma das principais alegações dos críticos dos BITs refere-se à diminuição da margem de discricionariedade que o Estado teria para regular seus setores estratégicos, impedindo mudanças estatais tendentes a promover um maior bem-estar coletivo, ainda que em detrimento do investidor estrangeiro. Cf. Gaukrodger, D. (2017), "The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, OECD Publishing: Paris, 2017.

¹⁰ Somente a título de ilustração, já que foge ao escopo deste trabalho, podem-se citar como algumas características inovadoras dos ACFIs: solução prévia de conflitos (a chamada solução de controvérsias Estado-Estado), a previsão da responsabilidade social das empresas e a responsabilidade pela proteção ambiental e das relações trabalhistas, dentre outras.

¹¹ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO SURINAME. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5676>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹² "Artigo 4(3) – Para maior segurança, os padrões do "tratamento justo e equitativo" e da "segurança integral" não estão cobertos por este Acordo e não serão usados como cláusula interpretativa nas controvérsias de investimentos".

¹³ "Artigo 4(4) – Para fins de maior clareza, os padrões do tratamento justo e equitativo e da segurança e proteção máxima não deverão ser usados ou alegados por qualquer das Partes deste Acordo como razão para qualquer procedimento de resolução de controvérsias em relação à aplicação ou interpretação deste Acordo."

¹⁴ "Artigo 4(3). Para maior certeza, os padrões de "tratamento justo e equitativo" e "proteção e segurança total" não estão cobertos por este Acordo e não deverão ser utilizados como padrão interpretativo nas controvérsias de investimentos.

¹⁵ Há uma curiosidade nessa constatação. Constata-se que a inclusão de dispositivo excludente de qualquer interpretação no sentido da existência da cláusula TJE é casuística, a depender do caso concreto. Note-se que após o ACFI com o Suriname, embora o dispositivo excludente tenha constado nos acordos com Guiana e EAU, não houve qualquer previsão nesse sentido nos ACFIs com Marrocos, Equador e Índia.

Entretanto, ressalte-se que se tratou de uma previsão com o objetivo de tão somente tornar expresso no texto desses tratados a já tradicional negativa brasileira de aceitação da referida cláusula.

A menção explícita ao TJE nos ACFIs acima mencionados configura, desse modo, uma novidade nos textos desses acordos, os quais até então não faziam qualquer menção à cláusula, ainda que fosse para explicitamente afastar sua aplicação.¹⁶

É diante desse quadro de histórica rejeição à cláusula TJE que se torna relevante proceder a uma aprofundada pesquisa no sentido de examinar se o ordenamento jurídico nacional contém dispositivos que confirmem aos investidores estrangeiros um nível de proteção similar àquele oferecido pela cláusula TJE. Essa constatação daria maior validade ao discurso brasileiro contrário à aceitação do *standard*.¹⁷

Nesse sentido, tal identificação cumpriria a função de corroborar a percepção de que o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de prover segurança jurídica ao investidor estrangeiro, independentemente da celebração de tratado de proteção de investimentos contendo cláusula TJE. Nesse sentido, serviria como instrumento de fortalecimento do discurso brasileiro contrário à aceitação da cláusula TJE.

Isso posto, cumpre ressaltar a existência de elementos similares à cláusula TJE no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o que será demonstrado com base em pesquisa empírica, tanto de cunho quantitativo quanto qualitativo. A investigação envolverá, portanto, o exame de tratados de investimentos, decisões dos tribunais arbitrais internacionais e decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É possível inferir que isso seja decorrência das particularidades de circundam cada negociação internacional, de acordo com a esfera de influência de cada parte signatária.

¹⁶ Por se tratar de casos isolados, ainda não se pode advogar por uma mudança de tendência na formatação dos acordos brasileiros.

¹⁷ A cláusula do tratamento justo e equitativo é usualmente denominada "*standard*" ou "padrão".

Nesse sentido, será realizada análise entre o alcance da cláusula TJE em foros internacionais e no ordenamento brasileiro. O trabalho confrontará as categorias do padrão TJE com seus correspondentes princípios e regras previstos em nível constitucional e legal no Brasil.

As categorias do TJE que serão trabalhadas são as seguintes: (i) expectativas legítimas; (ii) razoabilidade e proporcionalidade; (iii) não discriminação; (iv) transparência; (v) devido processo legal; e (vi) boa-fé. Já a base comparativa identificada no ordenamento jurídico nacional é, respectivamente àquelas do TJE, (i) princípio da proteção da confiança legítima; (ii) princípio da proporcionalidade em sentido lato; (iii) princípio da igualdade; (iv) princípio da publicidade; (v) princípio do devido processo legal formal e material; e (vi) regra da boa-fé objetiva.

Buscando atingir tal objetivo, primeiramente se procederá à análise dos tratados proteção de investimentos. Em seguida, será feita pesquisa das principais decisões dos tribunais arbitrais que se debruçaram sobre esse padrão do direito dos investimentos, definindo-se a partir daí os contornos da cláusula, bem como as modalidades da mesma.¹⁸

Para tanto, parte-se da pesquisa de laudos de tribunais arbitrais. A investigação focará decisões do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) e da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), por condensarem a maioria dos casos em termos de disputas envolvendo Estados e investidores estrangeiros.

Em seguida, realiza-se pesquisa dos dispositivos constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da jurisprudência pátria dos tribunais superiores - circunscrita, para fins de melhor delimitação da investigação proposta, ao STF e ao STJ - que conferem nível de proteção ao investidor estrangeiro comparável àquele da cláusula TJE.

¹⁸ Os elementos (modalidades) que personificam a cláusula do tratamento justo e equitativo são: expectativas legítimas, razoabilidade/proporcionalidade, não discriminação, transparência, devido processo legal e boa-fé.

No tocante à pesquisa do ordenamento legal nacional, cumpre ressaltar que o recorte do presente trabalho se circunscreve à análise da Constituição Federal de 1988 e de diplomas normativos em nível de Código, tais como o Código Civil e o Código de Processo Civil, bem como de algumas leis aplicáveis ao tema.

Ressalte-se que a dissertação não se propõe a analisar qual o melhor modelo de tratado para o Brasil, se acordo nos moldes tradicionais, ou se ACFI. Assim se procede em razão de tal temática extrapolar o escopo da pesquisa.

Em resumo, o trabalho buscará identificar se o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de conferir um nível de proteção jurídica similar àquele que é conferido pela cláusula TJE nos tratados de proteção de investimentos tradicionais, conferindo salvaguarda aos interesses dos investidores estrangeiros no mesmo patamar protetivo caso o Brasil celebrasse acordos internacionais de investimentos contendo a o padrão do tratamento justo e equitativo.

A relevância da pesquisa se pode notar a partir da dificuldade enfrentada pelo governo brasileiro nas negociações de futuros ACFIs, nas quais o país se recusa a fazer constar a cláusula TJE nos textos de seus acordos¹⁹, o que lhe tem imposto dificuldades para celebrar tratados de proteção de investimentos estrangeiros com atores internacionais desenvolvidos.

Diante desse cenário atual, surge como atual a proposta desenvolvida neste trabalho, a qual busca concluir se o ordenamento jurídico nacional, seja por meio de sua jurisprudência, seja por meio de sua legislação, é capaz de conferir ao investidor estrangeiro a salvaguarda de seus interesses nos mesmos moldes daquele feito pela cláusula TJE.

Nesse sentido, questiona-se: o espectro protetivo da cláusula TJE pode ser identificado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro?

Diante dessa problemática, defende-se a tese de que o ordenamento nacional seria capaz de tutelar os interesses do investidor estrangeiro de forma

¹⁹ Essa dificuldade também resplandece em razão da resistência brasileira em aceitar o sistema de solução de controvérsias Investidor-Estado.

similar ao nível protetivo da cláusula TJE, o que justificaria a desnecessidade de incorporação do padrão TJE aos tratados de proteção de investimentos celebrados pelo Brasil. Tal conclusão apresenta-se atual e de relevante interesse tanto para a comunidade acadêmica quanto para o governo brasileiro, constituindo uma inovadora análise a partir da análise da cláusula TJE à luz do sistema jurídico do Brasil.

Desse modo, a dissertação está estruturada em quatro capítulos. O capítulo 1, de caráter metodológico, busca apresentar ao leitor o método de pesquisa que permitirá chegar à conclusão da manifestação da cláusula TJE no Brasil. Ademais, presta-se a justificar a importância da comprovação da cláusula TJE como costume do Direito Internacional dos Investimentos, o que denotaria que o tradicional discurso brasileiro refratário ao TJE não encontraria eco na comunidade internacionalista. Tal reconhecimento esvaziaria a legitimidade do discurso de antagonismo à cláusula TJE fundado apenas na característica abstrata deste padrão.

Além disso, esse capítulo metodológico se propõe a apresentar a justificativa para a decisão de empreender um foco maior na categoria das expectativas legítimas. Esse foco se fundamenta no fato de ser as expectativas legítimas o padrão mais importante da cláusula TJE atualmente.

Em seguida, o capítulo 2 se destinará a apresentar ao leitor a inconsistência de um discurso brasileiro refratário à cláusula TJE fundado exclusivamente na ideia de falta de um conteúdo claro desse padrão, diante da comprovação da evolução do padrão TJE a um costume internacional do Direito Internacional dos Investimentos e de sua obrigatoriedade, o que poderia enquadrar o Brasil, como um objeto persistente de dita cláusula.

Também se analisará a insustentabilidade do discurso brasileiro fundado em uma justificativa político-diplomática. Essa inconsistência discursiva se verificaria em razão de os tribunais arbitrais já terem promovido, ao longo de consecutivas decisões, uma maior delimitação quanto à extensão da cláusula.

O capítulo 2 encerra-se com a conclusão quanto à existência de uma impropriedade no discurso contra o TJE pelo Brasil fundado nas alegações de

indeterminação semântica e em critérios político-diplomáticos, o que o tornaria carente de legitimidade perante outros negociadores. Não obstante essa constatação, reconhece-se que a identificação da manifestação das categorias do TJE no ordenamento jurídico brasileiro constituiria sim um fator capaz de conferir maior legitimidade e carga argumentativa para a manutenção da posição brasileira de recusa a tal padrão de tratamento.

O capítulo 3 buscará analisar a possível identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro. Essa identificação é feita por meio da análise comparativa entre as categorias definidas pelos tribunais arbitrais e os seus princípios correlatos na ordem jurídica brasileira.

Por fim, o capítulo 4 aborda o papel da governança institucional dos ACFIs para a efetividade das garantias da cláusula TJE manifestadas no ordenamento nacional. Isso se daria por meio da previsão de um Comitê Conjunto e de um Ponto Focal Nacional (*Ombudsperson*).

CAPÍTULO 1: A METODOLOGIA ADOTADA PARA A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O método de pesquisa engloba a utilização de técnicas que permitem ao pesquisador apresentar o raciocínio jurídico que embasa sua argumentação jurídica, cujo produto final é o convencimento do leitor. Desse modo, cabe ao autor a tarefa de facilitar a compreensão de seus leitores.²⁰

Diante dessa tarefa, parte-se inicialmente da explicitação do método de pesquisa adotado neste trabalho. O método utilizado é o empírico, baseado tanto na metodologia quantitativa quanto na metodologia qualitativa.²¹

O método empírico quantitativo será utilizado para a pesquisa dos tratados de proteção de investimentos e dos ACFIs brasileiros. Ademais, envolverá a pesquisa dos laudos arbitrais (ICSID e UNCITRAL)²² envolvendo a cláusula TJE e as decisões judiciais dos tribunais nacionais (STF e STJ)²³ que envolvam princípios e regras correlatas às categorias TJE.

Já o método empírico qualitativo será operacionalizado por meio do uso de questionário e entrevista junto a negociadores brasileiros.²⁴ Essa metodologia

²⁰ MONEBHURRUN, Nitish. Manual de metodologia jurídica: Técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 35, 49.

²¹ Embora o conhecimento jurídico internacionalista tradicional encontra-se assentado no estudo de leis formais e prescrições normativas, calcado em pressuposições, estudos mais recentes no campo do Direito Internacional tem se valido cada vez mais da empiria, possibilitando uma pesquisa calcada no exame de informações quantitativas e qualitativas. Cf. SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. A reviravolta empírica na doutrina do direito internacional. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 2, 2015.

²² A identificação dos laudos arbitrais foi realizada por meio da plataforma da UNCTAD denominada *Investment Policy Hub*. Foi selecionada a aba “Breaches” (violações) e, em seguida, feita filtragem por meio da coluna “Breaches of IIA provisions found” (violações de dispositivos IIA), selecionando-se a opção “fair and equitable treatment” (tratamento justo e equitativo). A pesquisa pode ser reproduzida em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

²³ A identificação das decisões judiciais do STF e do STJ foi feita mediante acesso aos portais dos respectivos tribunais superiores, a saber: <http://portal.stf.jus.br/> (STF) e <http://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Inicio> (STJ). A filtragem foi realizada por meio da ferramenta “jurisprudência”, mediante a qual foi feita a busca de julgados envolvendo o parâmetro relacionado a cada categoria TJE identificada no sistema jurídico brasileiro. Por exemplo, a pesquisa do princípio da confiança foi feita por meio da identificação das decisões envolvendo esse termo, focando-se nas decisões relacionadas a questões administrativas e tributárias, excluindo-se decisões de cunho penal. Cumpre anotar que não houve um corte temporal da pesquisa, analisando-se os julgados dos mais recentes para os mais antigos, em termos de seleção por amostragem.

²⁴ O modelo de questionário encontra-se anexado ao presente trabalho como “Apêndice A”.

permitirá avaliar o contexto comportamental a amparar a posição negocial brasileira contrária à aceitação da cláusula TJE nos ACFIs brasileiros, viabilizando a constatação da tese do trabalho.

A conjugação dos métodos quantitativo e qualitativo permitirá testar a hipótese proposta no trabalho e chegar à conclusão quanto à identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessa premissa, o presente capítulo se propõe a apresentar ao leitor algumas considerações preliminares em relação ao caminho percorrido pelo autor que o permite concluir pela identificação da manifestação da norma costumeira do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, apresenta-se a justificativa da opção pelo foco na análise da cláusula TJE baseada na categoria denominada “expectativas legítimas”. Diante da subdivisão do tratamento justo e equitativo em diversas categorias específicas pelos tribunais arbitrais, torna-se importante tomar uma categoria do TJE como referência para fins de comprovação da tese proposta.

Nesse sentido, a análise focada nas expectativas legítimas se justifica diante da representatividade dessa categoria no Direito Internacional dos Investimentos. A importância dessa categoria é exteriorizada pela evolução do padrão TJE à natureza jurídica de norma consuetudinária, bem como da caracterização das expectativas legítimas como verdadeiro princípio geral de Direito.²⁵

Cumprе ressaltar que tal reconhecimento não significa de modo absoluto que as demais categorias do padrão TJE não se prestariam à constatação da manifestação da cláusula TJE no ordenamento jurídico nacional. O foco nas expectativas legítimas se faz em razão da relevância dessa categoria no âmbito da cláusula do tratamento justo e equitativo, conjugada à idêntica importância reconhecida ao princípio da confiança legítima no direito brasileiro.

²⁵ MONEBHURRUN, Nitish. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 5, p. 551-561, 2015.

Ante o exposto, o presente capítulo apresenta a metodologia utilizada para a identificação do tratamento justo e equitativo no direito brasileiro. Parte-se inicialmente de uma (1.1.) descrição da metodologia utilizada para a identificação do TJE no ordenamento jurídico brasileiro com base em sua natureza de costume, a qual permite uma (1.2.) justificativa da identificação baseada fundamentalmente, mas não exclusivamente, na categoria das expectativas legítimas.

1.1. Da metodologia para a identificação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua natureza de norma consuetudinária

Este tópico se propõe a apresentar o método aplicado para o desenvolvimento da argumentação jurídica que embasa a hipótese do presente trabalho, a qual permite que se conclua pela manifestação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia para a identificação da correspondência entre a cláusula TJE e o ordenamento jurídico brasileiro percorre um raciocínio logicamente escalonado, partindo do estudo da cláusula no âmbito internacional e avançando para a análise da esfera nacional, na qual se conclui pela correspondência entre direito internacional e direito nacional.

Esse caminho metodológico para a constatação de tal correspondência passa, primeira e necessariamente, pela análise da evolução da cláusula TJE ao patamar de norma consuetudinária do Direito Internacional dos Investimentos. Dito isso, a análise a permitir que se definia o TJE como costume permeará os elementos tradicionalmente anunciados como formadores de uma norma costumeira, que são (i) a prática reiterada de atos, e (ii) a crença de que esses atos geram obrigações.

A comprovação implica a vinculação do Brasil a sua observância, tendo em vista que uma norma costumeira, ainda que não positivada em leis e tratados, é potencialmente capaz de gerar obrigações para partes não contratantes.

Nesse sentido, no capítulo 2 será feita a confirmação da elevação da cláusula TJE à natureza de costume internacional. Essa demonstração se dará em duas etapas de análise.

Primeiramente, será feita a construção de tal raciocínio a partir de pesquisa dos tratados de proteção de investimentos existentes, a qual irá corroborar a disseminação da previsão do padrão do tratamento justo e equitativo nesses tratados. Essa ampla previsão atesta a existência de um costume em seus aspectos objetivos (prática disseminada) e subjetivo (crença de que a regra é obrigatória).

Em uma segunda etapa, concretiza-se a confirmação da cláusula TJE como costume mediante a análise de laudos proferidos por tribunais arbitrais. Essa constatação dá diante da vinculação da cláusula TJE ao padrão mínimo do direito internacional.

A decisão de comprovar a transformação da cláusula TJE em norma costumeira deu-se também em razão da constatação da evolução da própria jurisprudência arbitral.²⁶

Destaque-se que a confirmação da elevação do TJE à natureza de costume torna-se relevante em função de seu caráter potencialmente vinculante, de modo que esse status acaba por obrigar o Brasil, em tese, a ter que observar e cumprir o espectro de proteção conferido pelo tratamento justo e equitativo.

Como consequência, essa obrigatoriedade de respeito aos parâmetros da cláusula do tratamento justo e equitativo permite que se deduza que o Brasil desempenha um papel de objeto, constatação a que se chega ainda ao longo do capítulo 2.

Trata-se de uma constatação importante para o prosseguimento da argumentação jurídica, pois a obrigatoriedade do costume, aliada à figura de objeto persistente do Brasil, justifica a importância de uma investigação quanto ao nível de proteção do direito brasileiro em face do padrão TJE.

²⁶ Por exemplo, podem-se citar os casos Flughafen c/ Bolívia, CMS c/ Argentina, Biwater c/ Tanzânia, Duke Energy c/ Equador e El Paso c/ Argentina.

A partir de então, parte-se no capítulo 3 para o cotejo entre cada categoria do TJE definida como objeto do presente trabalho (expectativas legítimas, proporcionalidade/razoabilidade, não discriminação, transparência, devido processo legal e boa-fé) e seu correspondente princípio/regra do direito nacional.

Para cada categoria do tratamento justo e equitativo será identificado, no sistema jurídico brasileiro, o princípio/regra que lhe é correlato e que traz ínsito uma proteção, igual ou ao menos próxima, ao tratamento justo e equitativo.

Tal correspondência será levada a cabo por meio de um raciocínio excludente, ou seja, mediante uma análise eliminatória em relação às normas que potencialmente poderiam se equiparar à categoria TJE em análise.

Cumpra registrar que, dada a característica de princípio geral de Direito conferida à categoria das expectativas legítimas, esta será o principal fio condutor da argumentação jurídica no sentido da manifestação do TJE no sistema jurídico brasileiro. Tal foco nas expectativas legítimas é justificado no item 1.2 deste capítulo.

Quanto à aplicação concreta do método para a identificação do TJE no direito nacional, tome-se como exemplo a categoria das expectativas legítimas. Será feita a identificação dos postulados jurídicos (princípios ou regras) existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, em um juízo abstrato, poderiam corresponder às expectativas legítimas.

Diante da seleção desses postulados, procede-se em seguida a um juízo de exclusão. Ou seja, mediante o cotejo entre as características das expectativas legítimas definidas pelos tribunais arbitrais (e.g. proteção da confiança) e a dos princípios/regras nacionais selecionados, pode-se chegar à conclusão de que o princípio da proteção da confiança desempenha equivalente papel (e.g., por conter a previsão de segurança jurídica).

Essa análise permite então que se conclua que a categoria das expectativas legítimas se manifestaria no ordenamento jurídico brasileiro por meio do princípio da proteção da confiança, dadas semelhantes características e nível de proteção entre ambos.

Esse método de pesquisa é desenvolvido igualmente para cada categoria do tratamento justo e equitativo estabelecido a partir do corte metodológico feito neste trabalho.²⁷ Assim, para cada padrão TJE se identificará o princípio/regra correlato no Brasil, seguido de um processo de filtragem (exclusão) com base nas características principais do postulado internacional e nacional.

Feitas essas considerações quanto ao método para a identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro, avança-se no tópico seguinte para a justificativa do foco da pesquisa recair sobre a categoria das expectativas legítimas.

1.2. Da justificativa para a escolha da categoria das expectativas legítimas para a identificação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro

O reconhecimento por alguns tribunais arbitrais internacionais da natureza do TJE como um padrão mínimo do costume internacional, bem como pela doutrina internacionalista²⁸, permite que se trace uma equivalência entre as categorias do padrão TJE e determinados princípios (regras) previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

As decisões arbitrais, buscando delimitar a cláusula TJE, chegaram à conclusão quanto a sua subdivisão em algumas categorias, quais sejam, (i) proteção de expectativas legítimas; (ii) razoabilidade e proporcionalidade; (iii) não discriminação; (iv) transparência; (v) devido processo legal; e (vi) boa-fé.²⁹

²⁷ O corte metodológico identificou as seguintes categorias do tratamento justo e equitativo a serem analisadas: expectativas legítimas, proporcionalidade/razoabilidade, não discriminação, transparência, devido processo legal e boa-fé.

²⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008. p. 128.

²⁹ Essas categorias são mencionadas autores e organizações internacionais. Cf. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017; DOLZER, Rudolf. *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*. Santa Clara Journal of International Law, v. 12, 2013; SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law*. Transnational Dispute Management (TDM), v. 3, n. 5, 2006; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf. Acesso em: 23 fev. 2020; CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Fair and*

Esses elementos têm sido denominados por alguns doutrinadores³⁰ como verdadeiros agrupamentos (“*clusters*”) de princípios normativos, os quais figuram também como subelementos de um conceito mais amplo de estado de direito em muitos sistemas legais.

Assim, diante do quadro de evolução da cláusula TJE, conjugado à delimitação das categorias TJE pelos tribunais arbitrais de investimentos, pode-se arguir uma equiparação entre tais categorias do standard com seus correspondentes princípios (regras) dispostos no ordenamento jurídico nacional.

Cumprе ressaltar que a identificação da manifestação das categorias da cláusula TJE no ordenamento pátrio dá-se preponderantemente pela análise das expectativas legítimas, dada a sua importância hermenêutica para a interpretação da cláusula TJE no caso concreto pelos tribunais arbitrais.

Diante dessas premissas, justifica-se metodologicamente uma análise da equiparação do ordenamento jurídico com base na (1.2.1.) categoria das expectativas legítimas como “princípio geral” de Direito Internacional dos Investimentos, (1.2.2.) investigando-se as demais categorias do TJE como vetores de reforço do convencimento da identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico nacional.

1.2.1. A categoria das expectativas legítimas como pilar da cláusula do tratamento justo e equitativo

No atual estado da arte do direito internacional dos investimentos a categoria das expectativas legítimas ocupa uma posição de proeminência como vetor interpretativo da cláusula do tratamento justo e equitativo.³¹

Equitable Treatment: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

³⁰ KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 09-46, 2009.

³¹ Diversos tribunais arbitrais manifestaram-se quanto à importância dessa categoria TJE, dentre os quais pode-se citar, por exemplo, TECMED c/ México, Biwater c/ Tanzânia, Gold Reserve c/ Venezuela, Saluka c/ República Checa, Parkerings c/ República da Lituânia, CMS c/ República Argentina, e International Thunderbird c/ México.

Essa posição a que foi alçada a cláusula TJE se dá em razão da sua importância, o que, por consequência, acabou por situá-la como a cláusula que mais tem sido abordada por tribunais arbitrais.

A relevância das expectativas legítimas pode ser ilustrada pelo caso *Gold Reserve Inc. c/ Venezuela*. Aquele tribunal reconheceu a possibilidade de se considerar as expectativas legítimas como parte dos princípios gerais do Direito das nações civilizadas, nos termos do disposto no artigo 38(1)(c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).³²

Outros tribunais também se debruçaram sobre a categoria das expectativas legítimas, auxiliando na consolidação de sua importância para o direito dos investimentos.

No caso *Biwater c/ Tanzânia* o tribunal delimitou o conteúdo e o alcance das expectativas legítimas, estabelecendo serem as legítimas expectativas aquelas antevistas pelo investidor quando do investimento, contanto que sejam razoáveis e legítimas.³³

No mesmo sentido o tribunal do caso *Parkerings c/ Lituânia* ressaltou que a o tratamento justo e equitativo é violado quando o investidor for privado da legítima expectativa de que as condições existentes ao tempo do acordo permanecessem inalteradas.^{34 35}

Pela ótica da doutrina internacionalista, Monebhurrin assevera que o tribunal *Gold Reserve Inc. c/ Venezuela* concordou serem as legítimas expectativas correspondentes a um princípio geral do Direito que é

³² *Gold Reserve Inc. c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICSID No ARB(AF)/09/1, Decisão Final (22/09/2014), para. 575.

³³ *Biwater Gulf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia*, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008), para. 602.

³⁴ Vide também *Parkerings Compagniet AS c/ República da Lituânia*, Caso ICSID No ARB/05/8, Decisão Final (11/09/2007), para. 330.

³⁵ Cf. também *Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICSID No ARB(AF)/11/2, Decisão Final (04/04/2016), para. 493, 546, 547.

frequentemente previsto nos principais ordenamentos jurídicos do mundo todo, o qual, por isso mesmo, pode ser transposto para o Direito Internacional.³⁶

Sornarajah também entende que as expectativas legítimas derivam dos próprios sistemas jurídicos nacionais, constituindo, dessa maneira, verdadeiro princípio geral do Direito, conferindo, em sua visão, uma proteção procedimental. Entretanto, uma proteção como princípio substantivo, embora ensejando dificuldades práticas, não é descartado pelo autor.³⁷

De igual modo afirmam Muchlinski, Ortino e Schreuer, para quem o padrão do tratamento justo e equitativo está intrinsecamente atrelado à noção de expectativas legítimas, a qual constitui o elemento dominante do TJE.³⁸ Schill também desenvolve análise no sentido de considerar essa categoria como um subelemento de proeminência da cláusula TJE na prática arbitral³⁹.

Portanto, pode-se assegurar que as expectativas legítimas compõem no cenário atual o ponto central da compreensão do conceito e da dimensão protetiva da cláusula TJE.⁴⁰ Esse papel de destaque da categoria das expectativas legítimas é manifestado por meio de sua característica de elemento de promoção e de garantia de uma relação de confiança entre as partes, quais sejam, investidor e Estado receptor.

Nesse sentido, as expectativas legítimas trazem implícita a necessidade de estabilidade dos atos estatais. Isso significa que o Estado receptor, ao atrair um investimento estrangeiro, compromete-se com a estabilidade dos atos administrativos elaborados por ocasião da atração do investimento.

Além disso, essa estabilidade dos atos estatais promove outra faceta dessa categoria TJE, que é a previsibilidade. Ou seja, ao se comprometer com

³⁶ MONEBHURRUN, Nitish. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 5, p. 551-561, 2015.

³⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017, p. 354-355.

³⁸ MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand, 2008.

³⁹ SCHILL, Stephan W. Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, v. 3, n. 5, 2006.

⁴⁰ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, 2013.

um ambiente regulatório e legal estável o Estado receptor do investimento franqueia ao investidor estrangeiro a previsibilidade de seu ordenamento jurídico, o que reproduz a confiança estabelecida entre as partes.

Além disso, a análise do caso concreto calcada no tempo de contrato entre as partes desempenha papel relevante no estabelecimento da confiança entre Estado receptor e investidor estrangeiro. Assim se dá porque situações há muito consolidadas devem gozar de um nível mais intenso de confiabilidade entre as partes.

Já sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a proteção da confiança também conta com status de proeminência como vetor de interpretação de obrigações entre partes contratantes. Trata-se de uma pedra angular do Estado de Direito, contendo em si um componente de ética jurídica⁴¹.

Nesse sentido, a confiança legítima encontra-se ligada diretamente ao princípio da segurança jurídica, preceito este basilar em qualquer Estado de Direito.

Sua manifestação como princípio garantidor da confiabilidade nas relações do Estado com particulares pode se dar, por exemplo, pelo instituto do ato jurídico perfeito, por meio do qual se entende que situações jurídicas concretizadas sob o manto de determinado regramento legal devem ser preservadas enquanto vigente as regras da época de sua pactuação.

De igual modo, o instituto da presunção de legitimidade dos atos estatais, a qual pode ser ligada à estabilidade das expectativas legítimas, desempenha relevante papel na tutela dos interesses do investidor estrangeiro ao conferir a hipótese de que os atos emanados do Estado são, em uma primeira análise, dotados de validade jurídica.

Cite-se da mesma forma a previsão no ordenamento jurídico do instituto da decadência, o qual estabelece para o Estado um prazo (condição temporal)

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 858.

para a revisão de seus atos, findo o qual a Administração Pública decai do seu direito de interferir na esfera jurídica do investidor.

Constata-se do quanto descrito nas linhas anteriores que a categoria das expectativas legítimas goza atualmente de importância destacada na análise da cláusula do tratamento justo e equitativo, tanto em sede de doutrina do direito internacional dos investimentos quanto pela prática arbitral.

Também foi apresentada a relevância do seu correspondente no sistema jurídico brasileiro, corporificado no princípio da confiança, o qual igualmente possui institutos capazes de conferir estabilidade e segurança ao particular.

Ou seja, ao conferir uma proteção da confiança legítima ao particular o Estado brasileiro concederia um tratamento justo e equitativo ao investidor estrangeiro, nos termos do quanto aquilatado pela categoria das expectativas legítimas em nível internacional.

Logo, as expectativas legítimas configuram categoria proeminente como vetor especificador do alcance da cláusula TJE, pois protegem o investidor estrangeiro em face de medidas que lesem as expectativas que este teve quando da realização do investimento.

Assim, o reconhecimento de primazia das expectativas legítimas justifica que se foque a investigação prioritariamente sobre esse elemento da cláusula TJE, reservando-se às demais categorias a função de vetores de persuasão para a conclusão quanto à identificação da manifestação da cláusula TJE no ordenamento jurídico.

O quadro abaixo sintetiza a importância da categoria TJE e do princípio da proteção da confiança baseada em seus institutos.

Quadro 1**Institutos promotores das expectativas legítimas e proteção da confiança**

Expectativas legítimas	Princípio da proteção da confiança
Proteção da confiança	Princípio da segurança jurídica
Previsibilidade	Presunção (relativa) de legitimidade dos atos estatais
Análise ao tempo do contrato	Decadência administrativa
Estabilidade dos atos estatais	Ato jurídico perfeito

Fonte: Elaborado pelo autor.

1.2.2. As demais categorias como vetores de convencimento de uma equiparação do ordenamento jurídico brasileiro à cláusula do tratamento justo e equitativo

Não obstante o reconhecimento da preponderância das expectativas legítimas, deve-se ter presente que as demais categorias definidas pelos tribunais arbitrais também desempenham um papel importante na prática do Direito Internacional dos Investimentos, comportando-se como vetores axiológicos para uma melhor compreensão da cláusula TJE.

Nesse sentido, apesar do corte metodológico deste trabalho focar na categoria das expectativas, reconhece-se de igual modo relevante que se avance a análise, ainda que tangencialmente, sobre as demais categorias TJE.

Assim, o trabalho também analisará a categoria da razoabilidade e da proporcionalidade, localizando seu princípio homólogo no ordenamento brasileiro, caracterizado pelo princípio da proporcionalidade em sentido lato. A razoabilidade/proporcionalidade já foi bem analisada por tribunais arbitrais internacionais, podendo-se mencionar os casos *TECMED c/ Estados Unidos* e *Oxus Gold c/ Uzbequistão*.

Trata-se de categoria importante na prática arbitral como elemento especificador do alcance da cláusula TJE, pois protege o investidor estrangeiro contramedidas administrativas do Estado receptor que se mostrem desarrazoadas e desproporcionais. De igual modo, no Brasil o princípio da proporcionalidade também se posiciona como baluarte de exigência de uma

atuação equilibrada, caracterizando-se como um mandado de observância obrigatória tanto para o poder Executivo quanto para o Legislativo e Judiciário.

Além disso, igualmente será analisada a categoria da não discriminação, identificando o princípio da igualdade como seu correspondente no Brasil. Nos tribunais arbitrais a não discriminação já foi considerada parte da cláusula TJE, podendo-se mencionar o caso *Loewen c/ Estados Unidos*.

Essa categoria da mesma forma pode ser identificada por sua importância para o investidor estrangeiro, tendo como contrapartida no ordenamento brasileiro o princípio da igualdade. Este princípio possui tamanha relevância na ordem nacional que se encontra insculpido na Constituição Federal.

Igualmente, será investigado o princípio da transparência, manifestado no Brasil pelo princípio da publicidade. Em sede de decisões arbitrais a categoria já foi ressaltada no caso *Siag c/ Egito*.

A transparência demanda do Estado receptor um tratamento que seja o mais claro possível para o investidor, vedando a adoção de atos administrativos obscuros e que careçam de publicação. No Brasil é encarado como o dever de que a Administração Pública e o poder Judiciário mantenham a publicidade de seus atos, tornando o sigilo a exceção.

A categoria do devido processo legal corresponde a outro elemento da cláusula TJE de importância para os tribunais arbitrais. Em nível internacional protege o investidor ao obrigar o Estado receptor a adotar um processo devido, de acordo com procedimentos formais pré-estabelecidos. O caso *TECO c/ Guatemala* representa o reconhecimento desta categoria.

No Brasil sua equivalência também pode ser aferida por meio da análise do princípio do devido processo legal formal e material, o qual demanda uma atuação dos poderes constituídos em consonância com regras postas.

Finalizando as categorias TJE, a categoria da boa-fé constitui outro vetor capaz de corroborar e fortalecer a identificação de proteção similar à do TJE no Brasil.

O caso *Biwater c/ Tanzânia* ilustra a relevância da categoria, a qual inclui o princípio geral reconhecido pela lei internacional que demanda que as partes ajam de boa-fé, ainda que o reconhecimento de má-fé por parte do Estado não é requerido para a caracterização de sua violação.⁴²

Em resumo, o presente capítulo se propôs a apresentar o método de pesquisa empírico utilizado pelo autor para embasar sua conclusão quanto à possibilidade de se identificar no ordenamento jurídico brasileiro a presença da cláusula do tratamento justo e equitativo.

Ademais, buscou-se apresentar a justificativa da decisão de centrar a pesquisa na categoria das expectativas legítimas, principalmente em razão de seu caráter atual de verdadeiro princípio geral de direito. Reforce-se a ressalva de que o reconhecimento da maior importância conferida às expectativas legítimas não exclui a relevância das demais categorias do TJE, as quais também serão analisadas com o objetivo de reforço da comprovação da tese.

Finalizando esse capítulo preliminar de cunho metodológico, o quadro abaixo sintetiza as categorias do tratamento justo e equitativo e seus respectivos princípios (regras) no ordenamento jurídico brasileiro, os quais são analisados ao longo do trabalho.

⁴² *Biwater Gulf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia*, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008), para. 602.

Quadro 2

Equivalente do padrão TJE no Ordenamento jurídico brasileiro

<i>Standard do TJE</i>	Ordenamento jurídico brasileiro
Expectativas legítimas	Confiança Legítima
Razoabilidade/Proporcionalidade	Proporcionalidade em sentido lato
Não discriminação	Igualdade e não discriminação
Transparência	Publicidade
Devido processo legal	Devido processo legal formal e material
Boa-fé	Boa-fé objetiva

Fonte: Elaborado pelo autor.

Superado esse capítulo preliminar de apresentação do método de pesquisa, avança-se a partir do Capítulo 2 na análise da relativização do discurso brasileiro contrário à aceitação da cláusula TJE em seus tratados de investimentos.

CAPÍTULO 2: A RELATIVIZAÇÃO DA RESISTÊNCIA BRASILEIRA COMO PONTO DE PARTIDA PARA A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil recusa-se a aceitar a adoção da cláusula TJE em seus tratados de proteção de investimentos. A uma, tal negativa se dá sob uma crença de que o país poderia se esquivar de aceitar tal cláusula do Direito Internacional dos Investimentos levando em conta o direito internacionalmente reconhecido a cada país de não se comprometer por obrigações não pactuadas nos tratados que celebra.

A dois, nega-se a aceitação do padrão TJE com base em um discurso político-diplomático calcado na possível redução da discricionariedade do gestor brasileiro em face de uma aplicação ampla da cláusula pelos tribunais arbitrais, acreditando-se, dessa maneira, preservar a soberania brasileira sobre suas políticas públicas.

Nesse sentido, este capítulo propõe-se a analisar a evolução da cláusula TJE ao status de costume do Direito Internacional dos Investimentos, fato este constatado em razão de sua ampla previsão nos tratados de investimentos (elemento objetivo de um costume) e da crença dos atores internacionais quanto à obrigatoriedade de observância do TJE (elemento subjetivo de uma norma costumeira).

A constatação da natureza jurídica de norma costumeira do TJE implica em sua obrigatoriedade para os países que possuam tratados de investimentos, sejam eles nos moldes tradicionais ou alternativos (como os ACFIs). Isso se dá porque o costume é tido como fonte do Direito Internacional, sendo capaz de gerar direitos e obrigações na arena internacional.

Desse modo, a verificação do TJE como costume internacional permite o questionamento quanto ao papel brasileiro de objetor persistente daquela cláusula; quer-se dizer, o Brasil, justamente por não aceitar um padrão ordinariamente aceito internacionalmente, comporta-se como nação

contestadora do costume, o que de fato ocorre em suas negociações dos ACFIs.⁴³

Assim, a definição do TJE como norma consuetudinária a um só tempo relativiza o discurso refratário brasileiro à aceitação da cláusula calcado na indeterminabilidade de seus contornos e também na justificativa político-diplomática fundada em argumentos de soberania nacional.

Em vista disso, levando-se em consideração a obrigatoriedade de observância do TJE pelo Brasil, examina-se a possível manifestação daquele padrão de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a servir como argumento de que o sistema jurídico nacional confere ao investidor estrangeiro proteção jurídica ao investimento na mesma densidade daquele da cláusula TJE.

Ante o exposto, neste capítulo é desenvolvida análise sobre a impropriedade do discurso brasileiro contrário ao TJE, reconhecendo-se (2.1.) a relativização jurídica do discurso brasileiro contrário ao TJE em razão da transformação dessa cláusula em norma consuetudinária, o que atesta (2.2.) a inadequação da justificativa político-diplomática contrária ao TJE a partir da definição deste padrão de tratamento do investidor estrangeiro.

2.1. Uma relativização jurídica como pressuposto para a mitigação do argumento de não aceitação da cláusula do tratamento justo e equitativo

Nesse ponto demonstra-se, com base na análise de diversos BITs, bem como da evolução da jurisprudência arbitral, (2.1.1.) a inadequação da tradicional resistência do Brasil ao TJE em razão da transformação da cláusula TJE em norma consuetudinária, fato este que (2.1.2.) pode caracterizar o Brasil como verdadeiro objeitor persistente da cláusula TJE como norma costumeira.

⁴³ Algo interessante sucede quando se analisa a ressalva brasileira ao TJE e os textos dos ACFIs firmados até o momento. Embora o Brasil não aceite negociar a cláusula TJE, a redação de dispositivos de seus ACFIs tem se aproximado cada vez mais do conteúdo de proteção da cláusula. A esse respeito, os ACFIs com Emirados Árabes Unidos e Índia trazem, na parte referente a tratamento nacional, termos com alcance de significado similar às categorias TJE. Em outros ACFIs os termos encontram-se esparsos ao longo do acordo. Para tanto, cf. ACFI Brasil-EAU (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5856/download>) e ACFI Brasil-Índia (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>).

2.1.1. A relativização da tradicional resistência brasileira diante da transformação da cláusula TJE em norma consuetudinária

A pertinência jurídica da tradicional objeção brasileira à cláusula TJE é infirmada a partir da constatação de que, com o decorrer dos anos, o tratamento justo e equitativo tornou-se verdadeira norma consuetudinária.

Em razão dessa transformação da cláusula TJE, o presente tópico (2.1.1.1.) demonstra a evolução da cláusula TJE à condição de costume do Direito Internacional dos Investimentos, (2.1.1.2.) evolução esta confirmada pelos laudos de diversos tribunais arbitrais.

2.1.1.1. A demonstração da evolução da cláusula TJE à condição de costume do Direito Internacional dos Investimentos

A evolução do Direito Internacional dos Investimentos nos últimos 60 anos tem gerado uma dinamicidade nas relações de proteção de investimentos. Essa evolução impactou sobremaneira um de seus padrões de tratamento, qual seja, o tratamento justo e equitativo, alçando-o à natureza de norma consuetudinária.

A importância dessa constatação reside no fato de que a cláusula TJE, por se revestir da natureza jurídica de um costume internacional, é capaz de gerar obrigações ao Brasil, ainda que este se recuse a pactuá-la em seus ACFIs.

Esse reconhecimento vem ocorrendo em função da adoção da cláusula de forma disseminada nos tratados de investimentos, aliado à convicção de sua importância e obrigatoriedade por parte da comunidade internacional.

Desse modo, uma vez que o costume demanda necessariamente dois elementos fundamentais - (i) prática reiterada e (ii) crença na obrigatoriedade do costume, a análise da estrutura da maioria dos tratados internacionais de proteção de investimentos permite que se conclua pela transformação da cláusula TJE em norma consuetudinária.^{44 45}

⁴⁴ Cf. Artigo 38(1)b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Disponível em: https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso da Plataforma do Mar do Norte, Decisão de Mérito, CIJ, 1969, p. 37.

Ressalte-se que os Estados podem até se posicionar contrariamente à norma costumeira, mas se houver sua manutenção durante período considerável de tempo restará configurada a existência da norma costumeira no plano internacional.⁴⁶

Analisando-se a prática estatal de celebração de tratados de proteção de investimentos, constata-se que a partir dos anos 60 houve o início formal da celebração de acordos de investimentos prevendo a cláusula TJE, fato este que dava início a um processo embrionário de construção da imagem do padrão TJE como um costume.

O processo de disseminação da cláusula TJE como importante padrão de tratamento do Direito dos Investimentos foi intensificado na década de 90, quando se observou um aumento exponencial no número de acordos de proteção de investimentos assinados.⁴⁷

Geograficamente constata-se um alastramento da adoção da cláusula TJE em acordos de proteção de investimentos em todos os continentes. Uma análise de acordos de investimentos celebrados pelos países dos cinco continentes permite que se ateste uma disseminação dos tratados de investimentos que contêm previsão da cláusula TJE.

No caso do continente africano, cujas ex-colônias foram pioneiras na celebração de BITs com suas ex-metrópoles, constata-se uma difusão da cláusula TJE em seus textos.⁴⁸

⁴⁶ VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional público. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 151-152.

⁴⁷ Atualmente existe um total de 2.446 acordos de investimentos (ou tratados de comércio com cláusulas de investimentos) que fazem menção expressa ao padrão TJE, número este que corrobora a percepção de que a cláusula estar-se-ia tornando verdadeira norma consuetudinária. Os dados foram obtidos em: “Mapeamento de Conteúdo de IIAs”, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁸ Cf. TRATADO ENTRE A REPÚBLICA DA ALEMANHA E A REPÚBLICA DE CAMARÕES RELATIVO À ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE CAPITAIS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/588>>. Acesso em: 12 mar. 2019; TRATADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E O REINO DO MARROCOS RELATIVO AO ENCORAJAMENTO DE INVESTIMENTOS DE CAPITAIS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5151/download>. Acesso em: 8 out. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA TURQUIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO BURUNDI RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em:

A cláusula TJE também se encontra disseminada em diversos tratados de investimentos firmados por países do continente asiático, todos eles trazendo uma previsão, ainda que em termos amplos, da necessidade de se conferir um tratamento ao investidor que seja ao mesmo tempo justo e equitativo⁴⁹.

A China, detentora de 127 BITs e 22 tratados de comércio contendo previsão de investimentos⁵⁰, desde seu primeiro acordo de proteção de investimentos (1982), BIT China-Suécia⁵¹, já trazia em seu artigo 2(1) previsão de uma proteção TJE aos investimentos das partes.⁵²

Quando se avança para a análise de tratados de investimentos celebrados por países do continente europeu, também se observa o mesmo padrão no sentido de fazer constar nos tratados a cláusula do tratamento justo e equitativo.⁵³

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5838/download>.

Acesso em 19 jul. 2019.

⁴⁹ Cf. TRATADO ENTRE A REPÚBLICA DA COREIA E A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1351/download>. Acesso em: 19 jul. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ÍNDIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA FINLÂNDIA SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1185>. Acesso em: 13 mar. 2019;

⁵⁰ Cf. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). INVESTMENT POLICY HUB. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁵¹ ACORDO DE PROTEÇÃO MÚTUA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/782/download>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁵² Outros acordos de proteção de investimentos celebrados pela China nos últimos 37 anos (1982-2019) e que contêm a cláusula TJE são: China-Cingapura – artigo 3(2), China-Reino Unido – artigo 2(2), China-Mongólia – artigo 3(1), China-Bolívia – artigo 3(1), China-Israel – artigo 2(2), China-Argentina – artigo 3(1), China-Ilhas Maurício – artigo 3(2).

⁵³ Cf. TRATADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E A REPÚBLICA ISLÂMICA DO AFGANISTÃO PARA A PROMOÇÃO E A PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1>. Acesso em: 13 mar. 2019; ACORDO ENTRE MALTA E A CONFEDERAÇÃO SUÍÇA SOBRE COMÉRCIO, PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS E COOPERAÇÃO TÉCNICA. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1978>. Acesso em: 13 mar. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FRANCESA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE CINGAPURA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1277/download>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Recentemente a União Europeia assinou acordo de livre comércio com o Canadá⁵⁴, no qual se previu em seu artigo 8.10 o tratamento justo e equitativo.⁵⁵

Ainda com relação a esse tratado entre União Europeia e Canadá, tem-se a novidade de previsão da categoria das expectativas legítimas em seu artigo 8.10(4), o qual dispõe que na aplicação da cláusula TJE o tribunal deverá levar em consideração a criação de uma legítima expectativa no investidor.⁵⁶

Os países da Oceania também têm aderido à inclusão do tratamento justo e equitativo em seus acordos de investimentos desde a década de 80 do século passado.⁵⁷

A situação não difere quando se analisa a prática dos países do continente norte-americano, cujos tratados de proteção de investimentos contêm previsões relacionadas a um tratamento justo e equitativo para o investidor estrangeiro⁵⁸.

⁵⁴ ACORDO ECONÔMICO E COMERCIAL ABRANGENTE ENTRE O CANADÁ E A UNIÃO EUROPEIA [E SEUS ESTADOS MEMBROS]. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf. Acesso em: 6 out. 2019.

⁵⁵ Artigo 8.10 – Tratamento de Investidores e Investimentos Cobertos – 1. Cada Parte deverá conceder, em seu território aos investimentos da outra Parte e aos investidores um tratamento justo e equitativo e proteção e segurança total, de acordo com os parágrafos 2 a 6. **(tradução livre)**

⁵⁶ Artigo 8.10 - Tratamento de Investidores e Investimentos Cobertos – 4. Quando aplicar a obrigação de tratamento justo e equitativo, o Tribunal pode levar em consideração se a Parte fez uma representação específica ao investidor que o induzisse a realizar o investimento, que tenha criado nele uma expectativa legítima, e sobre a qual o investidor tenha se embasado para decidir por realizar ou manter o investimento, e que a Parte frustrou em seguida. **(tradução livre)**

⁵⁷ Cf. ACORDO ENTRE O GOVERNO DA AUSTRÁLIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/148/download>. Acesso em: 19 jul. 2019; ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E URUGUAI PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/167/download>. Acesso em: 8 out. 2019; ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download>. Acesso em: 8 out. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA ARGENTINA E O GOVERNO DA NOVA ZELÂNDIA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/108/download>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁵⁸ Cf. ACORDO ENTRE O GOVERNO DO CANADÁ E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA HUNGRIA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/615>. Acesso em: 13 mar. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI E O GOVERNO DO CANADÁ PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5814/download>. Acesso em: 8 out. 2019; TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA DO PANAMÁ

Em termos de acordo regional, na década de 90 o Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) dispôs, em seu artigo 1105(1)⁵⁹, a aplicação do tratamento justo e equitativo às relações dos Estados participantes do bloco com os investidores⁶⁰.

Já o continente sul-americano possui histórico de celebração de diversos BITs na década de noventa. Somente a título de ilustração, a Argentina firmou 54 acordos dessa espécie.⁶¹ Desse modo, também na América do Sul, à exceção do Brasil, constata-se uma disseminação da utilização da cláusula TJE.⁶²

A análise tanto em termos de evolução histórica quanto geográfica permite atestar a extensa previsão da cláusula TJE nos tratados de proteção de investimentos, constatação esta que valida a conclusão no sentido de que essa cláusula vem tendo aceitação ampla no Direito Internacional dos Investimentos, o que a tornaria uma norma costumeira.

RELATIVO AO TRATAMENTO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3353/download>. Acesso em: 8 out. 2019; TRATADO ENTRE O GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE RUANDA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTO. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2241/download>. Acesso em: 8 out. 2019.

⁵⁹ “Artigo 1105: Padrão Mínimo de Tratamento – 1. Cada Parte deve oferecer aos investimentos dos investidores da outra Parte tratamento de acordo com a lei internacional, incluindo tratamento justo e equitativo e proteção total e segurança.”

⁶⁰ ACORDO NORTE-AMERICANO DE LIVRE COMÉRCIO. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>> Acesso em: 13 mar 2019.

⁶¹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Investment Policy Hub. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iialInnerMenu>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁶² Cf. TRATADO ENTRE A REPÚBLICA ITALIANA E A REPÚBLICA ARGENTINA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTO. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/99/download>. Acesso em: 8 out. 2019; ACORDO DE FOMENTO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI E A REPÚBLICA POPULAR DA HUNGRIA. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1556/download>. Acesso em: 19 jul. 2019; ACORDO ENTRE A REPÚBLICA DO CHILE E O REINO DA ESPANHA PARA A PROTEÇÃO E FOMENTO RECÍPROCO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/708/download>. Acesso em 22 jul. 2019; ACORDO ENTRE A CONFEDERAÇÃO SUÍÇA E A REPÚBLICA DA VENEZUELA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4836/download>. Acesso em: 21 jul. 2019; ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO PERU PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4925/download>. Acesso em: 21 jul. 2019.

Logo, a análise feita a partir da verificação da previsão do TJE nos tratados de investimentos permite que se conclua que referido padrão de tratamento evoluiu para um costume internacional.

Tanto pela prática dos atores internacionais (elemento objetivo do costume) quanto pela crença desses atores na sua obrigatoriedade (elemento subjetivo do costume), verifica-se ser a cláusula TJE uma norma costumeira.

No tocante ao elemento objetivo, isso se deve em função da massiva previsão de cláusulas de tratamento justo e equitativo em diversos tratados de proteção de investimentos celebrados desde a década de sessenta do século passado, dispersos pelos cinco continentes.

O elemento subjetivo também se vê presente, pois a ampla aceitação do TJE vê-se refletida não somente na pactuação do mesmo nos tratados, mas também na ausência de oposição dos Estados em relação ao TJE.

Por fim, a relevância dessa constatação está atrelada ao fato de que o costume internacional constitui uma das fontes do Direito Internacional⁶³, gerando obrigações no cenário internacional.

O costume retrata o consenso atingido pela comunidade internacional sobre determinado assunto, conferindo à maioria o poder de criação de novas leis que sejam de observância obrigatória por todos.⁶⁴

Nesse sentido, a posição brasileira contrária à aceitação do tratamento justo e equitativo, que é exceção no mundo do direito dos investimentos, não é capaz por si só de eximir o país de conferir ao investidor estrangeiro uma proteção jurídica em seu território que seja consentânea com a daquele padrão internacional.

Superada a análise referente à progressiva evolução da cláusula TJE para um costume do Direito Internacional dos Investimentos, passa-se a discorrer no

⁶³ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶⁴ SHAW, Malcom N. Direito Internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 59.

tópico seguinte sobre a confirmação dessa nova natureza do padrão TJE realizada pelos tribunais arbitrais.

2.1.1.2. A confirmação da elevação da cláusula TJE à condição de costume do Direito Internacional dos Investimentos pelos tribunais arbitrais

Os laudos arbitrais também trazem elementos que corroboram a transformação da cláusula TJE em um costume internacional. Trata-se de importante constatação, pois tais decisões são uma forma de prova do costume.⁶⁵

Assim, no âmbito da prática arbitral, a discussão a respeito da natureza jurídica da cláusula TJE, conforme já comentado, divide-se em duas correntes (i) conceito autônomo⁶⁶, com conteúdo que lhe é próprio, uma categoria independente como padrão protetivo; ou (ii) *standard* similar ao padrão mínimo constante do direito internacional costumeiro.

Embora alguns tribunais tenham se posicionado a favor da compreensão da cláusula TJE como conceito autônomo⁶⁷, boa parcela da prática arbitral caminha mais no sentido de qualificá-lo como correspondente a um costume internacional, baseando-se, muitas vezes, na previsão do TJE na maioria dos textos dos BITs, que costumam vinculá-lo ao padrão mínimo internacional.

Assim, a corrente que classifica a cláusula TJE como correspondente ao padrão mínimo do direito internacional⁶⁸ defende que o tratamento dado ao investidor deverá ser aquele conferido pelo costume internacional.

⁶⁵ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Custo elementar. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

⁶⁶ Para a corrente que defende a natureza jurídica de conceito autônomo, a cláusula TJE constituir-se-ia um padrão adicional no âmbito do direito internacional, contendo densidade normativa própria. In SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. The Journal of World Investment & Trade. v. 6, n. 3, 2005. p. 5-6.

⁶⁷ No caso Azurix⁶⁷ (Azurix Corp. c/ República Argentina, Caso ICSID No. ARB/01/12, Decisão Final (14/07/2006), para. 361.) os árbitros consideraram a cláusula TJE como verdadeiro conceito autônomo, sob a alegação de que a interpretação da cláusula se daria no sentido de um padrão mais elevado do que aquele demandado pelo direito internacional. Outros tribunais também já manifestaram predileção pelo TJE como conceito autônomo. Cf. CME Czech Republic B.V. c/ República Tcheca, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 156 e Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB(AF)/11/2, Decisão Final (04/04/2016), para. 530.

⁶⁸ “O padrão mínimo internacional é uma norma do direito internacional consuetudinário que rege o tratamento dado aos estrangeiros, prevendo um conjunto mínimo de princípios que os Estados,

O tribunal arbitral do caso Flughafen Zürich c/ Venezuela⁶⁹ asseverou que se os BITs devem ser interpretados de acordo com o Direito Internacional costumeiro, e se o tratamento mínimo compõe esse conjunto de usos e costumes, o intérprete deverá levar em consideração o Direito Internacional costumeiro para a análise do padrão TJE.

Dessa maneira, se o tratado vincula o TJE ao Direito Internacional consuetudinário, estará ele necessariamente incorporando um padrão mínimo de proteção fundado no costume internacional.

Ademais, também se decidiu, no caso CMS⁷⁰, que a cláusula TJE não seria diferente desse padrão mínimo internacional e de sua evolução no âmbito do costume internacional.^{71 72}

O mesmo se pode constatar do laudo arbitral do caso Biwater c/ Tanzânia⁷³, no qual se afirma que, de acordo com inúmeras decisões anteriores de tribunais arbitrais, o atual conceito da cláusula TJE não seria materialmente distinto do conteúdo do padrão mínimo de tratamento do costume internacional.⁷⁴

independentemente de sua legislação e práticas domésticas, devem respeitar quando lidam com estrangeiros e suas propriedades. ” In OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

⁶⁹ Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB/10/19, Decisão Final (18/11/2014), para. 573.

⁷⁰ CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina, Caso ICSID No. ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 284.

⁷¹ Assim também se pronunciou o tribunal arbitral no caso Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No. ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000), para. 100.

⁷² Cf. Windstream Energy LLC c/ Governo do Canadá, Caso UNCITRAL, Decisão Final (27/09/2016), para. 356, OI European Group B.V. c/ República Bolivariana da Venezuela. Caso ICSID No ARB11/25, Decisão Final (10/03/2015), para. 489.

⁷³ Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008), para. 602.

⁷⁴ No mesmo sentido quanto ao apoio do tribunal na jurisprudência de tribunais arbitrais anteriores quanto à vinculação da cláusula TJE ao padrão mínimo do costume internacional, cf. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c/ República do Cazaquistão, Caso ICSID No ARB/05/16, Decisão Final (29/07/2008), para. 611. e Cargill Incorporated c/ República da Polônia, Caso UNCITRAL, Decisão Final (05/03/2008), para. 453.

Embora no caso *Quiborax c/ Bolívia*⁷⁵ o tribunal não tenha firmado conclusão de que a cláusula TJE estaria necessariamente vinculada ao padrão mínimo, deixou a questão em aberto, considerando, pela peculiaridade do BIT analisado no caso concreto, uma possível ligação entre TJE e padrão mínimo, dado o reconhecimento pelo tribunal de que a revogação de concessões violaria a lei internacional sob um padrão mais exigente.

Igualmente, também o tribunal do caso *Duke Energy c/ Equador*⁷⁶ manifestou-se a favor da compatibilidade entre a cláusula TJE e o padrão mínimo da norma costumeira internacional, afirmando que o texto do tratado em consideração constituiria um piso mínimo, e não uma proteção máxima de proteção.⁷⁷

Além disso, no caso *El Paso c/ Argentina*⁷⁸ o tribunal expressamente afirmou que a equivalência do TJE ao padrão mínimo internacional estaria mais conectada com a evolução do direito dos investimentos e do direito internacional, bem como com o papel conferido ao TJE e ao padrão mínimo internacional.

Ou seja, reconheceu aquele tribunal que ambos os padrões buscam assegurar que o tratamento aos investidores estrangeiros não se reduza a um nível abaixo do mínimo aceitável pela lei internacional.

A manifestação do tribunal arbitral no caso *Bilcon of Delaware c/ Canadá* demonstra a compreensão da cláusula TJE como um padrão mínimo do direito internacional, o que se deu fundamentalmente em razão da decisão dos próprios países em aceitar tal categorização, o que se deu no corpo do próprio tratado do NAFTA.⁷⁹ Nesse sentido dispõe o laudo arbitral que:

⁷⁵ *Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. c/ Estado Plurinacional da Bolívia*, Caso ICSID No ARB/06/2, Decisão Final (16/09/2015), para. 291.

⁷⁶ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. ("Duke") c/ República do Equador*, Caso ICSID No ARB/04/19, Decisão Final (18/08/2008), para. 336-337.

⁷⁷ No mesmo sentido quanto ao padrão mínimo como piso mínimo de proteção, *cf.* *S.D. Myers, Inc. c/ Governo do Canadá*, Caso arbitragem do NAFTA sob as regras de arbitragem da UNCITRAL, Decisão Parcial (13/11/200), para. 259.

⁷⁸ *El Paso Energy International Company c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 336.

⁷⁹ O Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) já prevê em seu próprio texto, mais precisamente no artigo 1105, que o tratamento a ser conferido aos investimentos estrangeiros é aquele nos termos da lei internacional, ou seja, o padrão mínimo do direito internacional. Assim, no caso *Bilcon*

Ao mesmo tempo, o padrão mínimo internacional existe e evoluiu na direção do aumento da proteção ao investidor precisamente porque estados soberanos – os mesmos limitados pelo padrão – optaram por aceitá-lo. Os Estados concluíram que o padrão protege seus próprios nacionais em outros países e incentiva a entrada de visitantes e investimentos.

Ou seja, o tribunal do caso *Bilcon of Delaware* reconhece um quadro fático realmente existente no cenário internacional do Direito dos Investimentos, que é a percepção de que a cláusula TJE existe para salvaguardar tanto os interesses dos investidores estrangeiros nos países receptores de investimentos como também os interesses dos nacionais desses mesmos países quando de seus investimentos em outros países.

Essa mudança de percepção dos próprios Estados auxiliou na majoritária aceitação da cláusula TJE nos tratados de proteção de investimentos celebrados por diversos países ao redor do mundo, conforme demonstrado no item anterior, posicionamento este que ajudou na evolução do padrão em uma norma costumeira internacional.

A disseminação da cláusula TJE nos tratados defluiu de uma constatação, pelos próprios Estados, de que o TJE funcionaria a um só tempo como um padrão que tutela os interesses de investidores e também protege os investidores do próprio Estado, o que, reflexamente, protegeria os próprios interesses do ente estatal.⁸⁰

Outro ponto a ser destacado refere-se ao papel desempenhado pelos tribunais arbitrais no reconhecimento da evolução e transformação da cláusula TJE em uma norma internacional do direito costumeiro.

Embora aos tribunais internacionais não caiba criar costume internacional, as decisões arbitrais carregam uma importante função de

c/ Canadá o tribunal apenas reconheceu tal padrão já previsto em tratado, o que não desnatura o fato de um reconhecimento feito pelo tribunal.

⁸⁰ Ressalte-se que a proteção dos interesses de um investidor em um país estrangeiro vai muito além da salvaguarda dos interesses únicos e exclusivos do investidor, alargando-se para o próprio interesse do Estado, vez que muitas nações adotam - e fomentam – políticas públicas nacionais voltadas à promoção de suas empresas no exterior. Ao fim e ao cabo, a proteção dos interesses de seus nacionais seria uma proteção e validação do êxito das próprias políticas públicas estatais.

validação jurídica de determinado instituto do Direito e, por consequência, de reconhecimento quanto à existência de um costume internacional.

A Corte Internacional de Justiça já destacou que para determinada norma ser considerada costumeira não se faz necessário que a prática estatal guarda correspondência rigorosa com dita regra. Para tanto, é suficiente que a conduta dos Estados seja consistente com tais regras, e que as ações contrárias a tal regras sejam consideradas como violação da mesma.⁸¹

Assim se dá porque não cabe às decisões arbitrais criar um instituto jurídico, ainda mais em se tratando de uma norma costumeira, mas tão somente reconhecer a sua existência por meio de decisões sobre determinados casos concretos que lhe são submetidos.

De forma sumarizada, constata-se que a prática de prever a cláusula TJE nos tratados de proteção de investimentos reflete a crença dos Estados de que esse *standard* seria obrigatório e executável perante os tribunais, o que conferiria ao mesmo a natureza jurídica de costume internacional.

Ademais, as decisões dos diversos tribunais arbitrais posicionam-se no sentido de que a cláusula seria um costume internacional ligado ao padrão mínimo do direito internacional.

Entretanto, deve-se ter presente que, embora diversos tratados vinculem o TJE ao padrão mínimo do Direito Internacional, isso por si só não vincula necessariamente a decisão do tribunal, podendo este, se entender contrariamente, não validar uma tese que vincule o tratamento justo e equitativo a um direito consuetudinário.

Logo, há tribunais arbitrais que já se posicionaram em sentido contrário à existência de um padrão mínimo internacional, preferindo adotar a compreensão de uma vinculação do TJE a um conceito autônomo.

Resumidamente, a análise empreendida neste tópico buscou certificar a tendência dos tribunais arbitrais de investimentos de considerar a cláusula TJE

⁸¹ Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua c/ EUA), Caso Corte Internacional de Justiça, Decisão Final (27/06/1987), para. 186.

como uma norma constante do padrão mínimo do direito costumeiro internacional.

Portanto, para as cortes arbitrais o TJE constituiria verdadeira norma consuetudinária, capaz de salvaguardar o investidor estrangeiro de acordo com os ditames do Direito Internacional.

Superada a etapa de comprovação da natureza de costume da cláusula TJE, passa-se em seguida à argumentação de que, uma vez que o *standard* constitui um direito consuetudinário, possuindo natureza cogente, a recusa brasileira em aceitá-lo caracteriza o país como objetor persistente da norma.

2.1.2. O Brasil como objetor persistente diante do reconhecimento do TJE como direito consuetudinário

A comprovação da consolidação da cláusula TJE como costume do Direito Internacional dos Investimentos, somado ao histórico posicionamento brasileiro refratário à cláusula, permite que se questione a respeito de um papel de objetor persistente ao padrão TJE desempenhado pelo Brasil.

Um país se comporta como um objetor persistente quando, diante de um costume ordinariamente consolidado internacionalmente, recusa-se a aceitar aquele padrão consuetudinário, permitindo a não vinculação à norma internacional pela vontade do Estado.^{82 83}

Ou seja, o Estado será considerado um objetor persistente quando não reconhecer e, conseqüentemente não cumprir, determinado costume vigente ou em formação na comunidade internacional.⁸⁴

A figura do objetor persistente não é verificada somente pelo fato do país escusar-se em aceitar o costume, devendo a ele somar-se a situação de que,

⁸² JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 9, n. 2, 2010.

⁸³ Cf. também REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, p. 158; DINSTEIN, Yoram. The interaction between customary Law and treaties. In Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law. Haia, 2007, p. 265; e SHAW, Malcolm N. Direito Internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 59.

⁸⁴ NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do direito internacional. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 74-75.

embora o país não o aceite, sua recusa não é capaz de anular a natureza jurídica de costume conquistada pela prática internacional.

Conforme já mencionado, na década de 90 o Brasil assinou 14 (catorze) BITs, os quais continham em seus textos a previsão de cláusulas tradicionais adotadas pelos países nos acordos internacionais de proteção de investimentos da época, sendo que alguns deles dispunham sobre a cláusula do tratamento justo e equitativo.⁸⁵

Nesse sentido, já havia nos anos 90 uma homogeneização dos BITs, numa verdadeira multilateralização *de facto* do regime internacional dos investimentos, vez que todos os BITs apresentavam conteúdo similar, tais como a previsão de padrões de proteção do investimento e também mecanismos de solução de controvérsias.⁸⁶

No entanto, nenhum dos BITs celebrados foi aprovado pelo Congresso Nacional. Esse fato enceta os primórdios da resistência do Brasil em relação à cláusula TJE. Ou seja, a tradicional posição brasileira refratária ao padrão do tratamento justo e equitativo já se vinha construindo e ganhando *momentum* nos anos noventa, já que se percebia uma hesitação brasileira quanto à aceitação do TJE.

Ao longo dos anos 2000 os negociadores brasileiros criaram uma nova modalidade de acordo de proteção de investimentos, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, cujo objetivo era proporcionar mais balanceamento às relações entre Estado e investidor.

Nesses novos acordos propostos, o governo brasileiro adotou como política de Estado a recusa quanto à negociação da cláusula do tratamento justo e equitativo em seus ACFIs.

⁸⁵ Deve-se mencionar que todos os BITs celebrados à época pelo Poder Executivo federal continham a cláusula do tratamento justo e equitativo: Alemanha – artigo 2(1), Bélgica-Luxemburgo – artigo 3(1), Chile – artigo III(2), Coreia do Sul - artigo 2(2), Cuba – artigo 3(2), Dinamarca – artigo 3(1), Finlândia – artigo 3(1), França – artigo 3, Grã-Bretanha – artigo 2(2), Holanda – artigo 3(1), Itália - artigo II(2), Portugal – artigo III(1), Suíça – artigo 4(1) e Venezuela – artigo 3(1).

⁸⁶ SCHILL, Stephan W. The multilateralization of the international investment Law: Emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. Trade, Law & Development (TL&D) Journal, v. 2, p. 11, 2010., p. 11.

A opção brasileira permeia a negociação de todos os ACFIs celebrados pelo país até o momento. Ou seja, o Brasil optou por uma decisão política de não se vincular à aceitação do tratamento justo e equitativo, ainda que o mesmo, conforme já demonstrado, se tenha convertido em norma consuetudinária.

Levando-se em consideração a evolução da cláusula TJE ao patamar de norma consuetudinária do Direito Internacional dos Investimentos, a decisão brasileira de oposição a esse padrão de tratamento poderia configurar a natureza de um objeto persistente da cláusula no cenário internacional.

Essa característica de objeto se dá pelo fato de que, embora o TJE tenha se tornado um costume internacional na área de direito dos investimentos, ainda assim o Brasil se recusa a aceitá-lo em seus tratados de proteção de investimentos.

O potencial enquadramento do Brasil como objeto persistente encontra sustentação na doutrina de Sornarajah, para quem os países latino-americanos, bem como os africanos e os asiáticos, têm se comportado como verdadeiros objetos persistentes de determinados costumes internacionais.⁸⁷

A constatação dessa situação brasileira possui implicações para o Brasil, pois, conforme já afirmado, a simples vontade de um país de se opor a um costume não tem o condão de desobrigá-lo de suas responsabilidades em relação a determinada norma costumeira.

Assim ocorre porque se por um lado ao Estado é conferido o direito de determinar como o investimento estrangeiro será desenvolvido em seu território, por outro lhe é exigido que ofereça e mantenha as garantias mínimas dos em suas relações com os investidores.⁸⁸

Sabe-se que a configuração de uma norma costumeira adotada internacionalmente é capaz de torná-la vinculante para outras nações, ainda que

⁸⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017. p. 131.

⁸⁸ VILLARROEL, Ivette Esis. Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 3, n. 5, p. 295-316, 2015.

estas não concordem expressa ou implicitamente quanto à obrigatoriedade de observância do costume.

Desse modo, diante da natureza jurídica do TJE como norma consuetudinária, o Brasil se vê impelido a aceitar a inclusão do padrão nas negociações de seus ACFIs, já que a cláusula se encontra disseminada nos acordos de proteção de investimentos de diversos países, conforme demonstrado em tópico anterior deste capítulo.

Assim, outros países com os quais o Brasil busca celebrar acordos de proteção de investimentos via de regra não aceitam a condição brasileira de exclusão da cláusula TJE, demandando sua inclusão nos textos dos tratados.

A constatação da posição brasileira de objetor persistente da cláusula TJE, somada à pressão de outros países para a pactuação deste padrão nas propostas de ACFIs feitas pelo Brasil, conduzem à necessidade de identificação da existência de normas no ordenamento jurídico brasileiro que reproduzam o nível de proteção do TJE.

Essa identificação permite a conclusão de que a cláusula do tratamento justo e equitativo, transformada atualmente em norma consuetudinária, encontra-se reproduzida, por meio da análise de suas categorias, em diversas normas brasileiras, reconhecimento este capaz de atestar uma suficiente proteção jurídica conferida pelo Brasil ao investidor, ainda que diante da não aceitação do padrão TJE.

Por fim, a constatação do TJE como costume internacional permite que se conclua pela inadequação da justificativa brasileira contrária ao TJE calcada em fundamentos de ordem político-diplomática, o que é analisado no tópico seguinte.

2.2. A relativização da justificativa político-diplomática em razão da definição do conteúdo do TJE

A constatação de que a cláusula TJE estaria se transformando em um costume internacional de certo modo relativiza o discurso brasileiro baseado em

justificativas políticas, ou mesmo diplomáticas, de que a cláusula TJE seria nociva aos interesses do país.

A alegação política a fundamentar a resistência à cláusula TJE funda-se na constatação pelos negociadores brasileiros de que a indeterminação semântica desse padrão conferiria aos árbitros uma ampla margem de discricionariedade na tomada de suas decisões.

Nesse sentido, as decisões arbitrais seriam capazes de relativizar e, em muitos casos, até mesmo afastar, os efeitos de certas políticas públicas adotadas pelo país receptor do investimento que viesse, eventualmente, a afetar o interesse do investidor.

Trata-se aqui de uma preocupação diplomática dirigida por uma visão das Relações Internacionais calcada no tradicional embate Norte-Sul, por meio da qual em litígios envolvendo países desenvolvidos e em desenvolvimento, as decisões em foros internacionais em regra seriam pró-investidor, o que, no caso do padrão TJE, seria ainda mais agravado.

Diante dessa percepção brasileira torna-se importante reconhecer que atualmente a jurisprudência arbitral já procedeu ao esclarecimento, inclusive delimitando algumas categorias da cláusula TJE.

Desse modo, crê-se que na atualidade seria teoricamente menos difícil aceitar a inclusão do padrão TJE em tratados de investimentos, de modo que isso torna a posição brasileira ainda mais incompreensível e destoada da prática internacional.

Isso se sobrepõe ainda mais diante da possibilidade do país delimitar os contornos do TJE em seus tratados de investimentos, o que vem se tornando uma prática comum nos BITs mais modernos.

O receio por parte dos negociadores brasileiros é confirmado diante de pesquisa empírica realizada pelo autor (Apêndice A), por meio da qual se constatou que o Brasil é crítico da cláusula TJE desde a década de sessenta,

alegando-se que o padrão apresentaria conteúdo amplo e pro-investidor, podendo ser prejudicial aos interesses do Brasil.^{89 90}

Assim, para a diplomacia brasileira, haveria duas razões fundamentais para a recusa em aceitar a cláusula TJE, quais sejam, (i) uma razão jurídica, que seria o fato de o ordenamento jurídico nacional já oferecer proteção aos interesses dos estrangeiros; e (ii) uma razão diplomática, consistente no reconhecimento de que o Brasil é a única grande economia mundial a não possuir BITs nos moldes tradicionais e ao mesmo tempo grande receptor de investimentos, o que lhe garantiria certo “poder” para se contrapor aos interesses dos países desenvolvidos.

A percepção diplomática de que o Brasil poderia se valer de sua importância econômica para tentar impor a cláusula TJE a nações desenvolvidas, ou em desenvolvimento próximo ao do Brasil, pode ser simplesmente ilusória.

Tal percepção se dá em função da constatação de algumas dificuldades enfrentadas pelo Brasil para impor sua restrição ao padrão TJE em negociações com países com economias mais robustas, como Índia, Turquia, Austrália e Japão.

Conforme já mencionado neste trabalho, não obstante o Brasil não aceite expressamente a cláusula do tratamento justo e equitativo, os diversos ACFIs firmados contêm dispositivos que trazem previsões próximas àquelas do conteúdo do TJE.

Exemplificativamente, no recente ACFI celebrado com a Índia o artigo 4.1 traz um rol de vedações de ações estatais próximas em significado daquelas do

⁸⁹ Os nomes dos servidores públicos federais entrevistados pelo autor são mantidos em sigilo, tendo em vista que os mesmos ocupam cargos estratégicos na formulação de políticas públicas relativas à negociação de tratados de proteção e atração de investimentos.

⁹⁰ A título de esclarecimento, é importante ressaltar que nada há de errado em um tratado de investimento ser pró-investidor; na verdade, a essência dos acordos de investimentos é justamente salvaguardar os interesses dos investidores estrangeiros, como forma de lhes garantir segurança jurídica. Não à toa os tratados tradicionais trazem a expressão “proteção” em seus títulos.

TJE, incluindo vedação a discriminações desarrazoadas e violação do devido processo legal.⁹¹

Ante essa constatação, pode-se questionar se os países de maior importância política e econômica já não estariam influenciando, ainda que indiretamente, o Brasil a aceitar certas previsões que, ainda que não diretamente, reflexamente desempenham uma função próxima à da cláusula TJE.

Não obstante a argumentação brasileira de que a cláusula TJE seria demasiadamente pro-investidor, deve-se ter presente que atualmente tal situação não se verifica na prática, seja em razão da delimitação mais precisa do padrão TJE pelos tribunais arbitrais, seja por conta do maior detalhamento que a cláusula vem tendo nos próprios textos dos acordos de investimentos, no sentido de maior tutela do direito regulatório estatal.

Além disso, a própria transformação do TJE em norma costumeira, consistente no padrão mínimo do direito internacional, por si só já promove uma delimitação da cláusula. Nesse sentido, o TJE não seria um conceito autônomo, revestido de uma proteção mais ampliada ao investidor.

A mais, pode-se citar como contraponto a essa alegação brasileira os dados representativos dos procedimentos arbitrais, por meio dos quais se constatou, até 2020, um total de 230 decisões favoráveis a Estados (35,5% dos casos), enquanto as pro-investidor somaram 191 decisões (29,5% dos casos).⁹²

Além disso, deve-se ter presente a possibilidade franqueada a cada país de delimitar a cláusula do tratamento justo e equitativo em seus tratados de

⁹¹ Artigo 4 – Tratamento de Investimentos. 4.1 Com base nas regras e costumes do direito internacional aplicáveis, conforme reconhecidos por cada uma das Partes e suas respectivas legislações nacionais, nenhuma Parte submeterá investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam: a) denegação de justiça em quaisquer processos judiciais ou administrativos; b) violação fundamental do devido processo legal; c) discriminações direcionadas, tais como de gênero, de raça ou de crença religiosa; d) tratamento manifestamente abusivo, como coação, intimidação e assédio; ou e) discriminação em matéria de aplicação da lei, inclusive a provisão de segurança física. *In* ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DA ÍNDIA. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁹² UNCTAD. INVESTMENT POLICY HUB. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Acesso em: 17 fev. 2020.

proteção de investimentos, o que, conforme já mencionado, já vem sendo feito em diversos tratados.

De fato, os primeiros BITs firmados entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento, cujo tratado pioneiro foi o Acordo de Proteção de Investimentos entre Alemanha e Paquistão⁹³, celebrado em 1959, foram pactuados em uma conjuntura de pós-guerra, à qual se seguiram alguns processos de descolonização, dentre os quais, os das nações africanas.

Dessa forma, se por um lado se tratavam de acordos de proteção de investimentos com o objetivo primordial de levar adiante o processo de libertação das antigas colônias das amarras político-econômicas das metrópoles, por outro buscavam também salvaguardar jurídica, e politicamente, os interesses detidos pelas empresas dessas mesmas metrópoles, as quais estavam sendo submetidas a expropriações de suas propriedades e também a nacionalizações pelos Estados independentes.

A doutrina do Direito Internacional dos Investimentos afirma que:

O período imediatamente após o fim do colonialismo testemunhou hostilidade e antagonismo ao investimento estrangeiro gerado pelo fervor nacionalista. Esse nacionalismo foi o resultado dos movimentos anticoloniais que se espalharam por todo o país colonizado partes do mundo. Também havia uma necessidade por parte dos estados recém independentes de recuperar o controle sobre setores vitais de suas economias de investidores estrangeiros, em grande parte nacionais das antigas potências coloniais. O resultado foi uma onda de nacionalizações de propriedades estrangeiras. Essas nacionalizações resultaram em intensos debates sobre o que o direito internacional sobre proteção do investimento, cada grupo oposto de estados que disputava um conjunto diferente de normas na área. Nesse período de nacionalismo político, houve mais retórica gerada que a lei. Mas, no decorrer do conflito, houve também um esforço para articular a princípios conflitantes através do uso de terminologia legal. As nações exportadoras de capital defenderam uma norma de direito internacional externo para proteger o investimento estrangeiro, nações recém independentes defendiam o controle nacional sobre o processo de investimento estrangeiro, incluindo o fim do investimento estrangeiro por nacionalização.⁹⁴

⁹³ O texto original do Acordo de Proteção de Investimentos entre Alemanha e Paquistão pode ser conferido, em seu idioma original (alemão), no seguinte endereço: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>.

⁹⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The International Law on Foreign Investment. 4 ed. Cambridge University Press, 2017. p. 21-22.

Logo, pautados por uma lógica de cima para baixo (*top-down*)⁹⁵, na qual às nações subdesenvolvidas não lhes foi dado, em tese⁹⁶, o direito de, conjunta e coordenadamente, pactuar as cláusulas de tais acordos, as nações desenvolvidas impuseram um padrão de acordo de proteção de investimentos, incluindo-se aí, decerto, a cláusula do tratamento justo e equitativo, dotada de elevada abertura semântica.

Um exemplo da vagueza da cláusula TJE nos BITs pode ser extraído do texto do Acordo de Atração e Proteção Recíproca de Investimentos entre Alemanha e Bulgária⁹⁷, firmado em 1986, por meio do qual se previu, em seu artigo 2(4) que “cada parte contratante deverá, em qualquer caso, conceder aos investidores da outra Parte Contratante tratamento justo e equitativo.”^{98 99}

Diante do quadro exposto, constata-se que os BITs tradicionais de fato previram uma cláusula com muita abertura semântica e capaz de conferir intensa carga protetiva aos interesses dos investidores, seguindo a gênese ligada ao processo de descolonização.

Diante disso, as nações desenvolvidas valeram-se de seu maior protagonismo político-econômico e do pouco poder de barganha dos países

⁹⁵ Aqui se utiliza a terminologia *top-down* como ilustração de um processo decisório no qual um Estado com maior poder político, ou econômico, é capaz de determinar a formatação dos termos de determinado acordo internacional, normalmente em face de atores com menor peso político-econômico no cenário internacional.

⁹⁶ Utiliza-se o termo “em tese” para transmitir a ideia de que, muito embora em regra aos países subdesenvolvidos não lhes foi dada margem de discricionariedade na negociação de seus respectivos BITs, muitos países poderiam ter se negado a firmá-los, vez que se tratam de tratados bilaterais, bem como do reconhecimento do fato de que muitos deles os celebraram por conveniência própria, buscando atender determinados interesses do próprio país.

⁹⁷ TRATADO DE ATRAÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE ALEMANHA E BULGÁRIA. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/529> >. Acesso em: 8 mar. 2019.

⁹⁸ Outros exemplos de vagueza semântica da cláusula TJE nos tratados de proteção de investimentos podem ser conferidos nos seguintes BITs: Bélgica-Chile - artigo 3(1); China-Dinamarca - artigo 3(1); França-Argentina – artigo 3; República Checa-Eslováquia – artigo 2(2); dentre outros.

⁹⁹ O acordo Argentina-França assim dispõe no Artigo 3: “Cada uma das Partes contratantes compromete-se a assegurar, no seu território e no seu domínio marítimo, um tratamento justo e equitativo, em conformidade com os princípios do direito internacional, aos investimentos realizados pelos investidores da outra Parte e assegurar que o exercício do direito assim reconhecido não seja impedido por lei ou de fato”. (tradução livre) *In* ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FRANCESA E O GOVERNO DA REPÚBLICA ARGENTINA PARA O INCENTIVO E A PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/91/download>. Acesso em: 18 jul. 2019.

menos desenvolvidos¹⁰⁰, e firmaram diversos acordos protetivos de investimentos, resultando daí a simples aceitação, por parte destes, de acordos-modelo, com cláusulas pré-determinadas.

Não bastasse a prática observada na adoção do texto referente à cláusula TJE, a objeção brasileira ganhou suporte argumentativo em razão das primeiras decisões¹⁰¹ arbitrais sobre investimentos terem se mostrado bastante intervencionistas nas políticas públicas adotadas pelos países receptores de investimentos.

Assim, percebeu-se, particularmente a partir do início dos anos dois mil, que o sentido da cláusula conferia aos árbitros uma ampla margem de discricionariedade quando da análise das decisões de política pública tomadas pelos Estados que ocasionassem, ainda que indiretamente, algum dano aos interesses dos investidores.

No caso CME c/ República Checa¹⁰², de 2001, os árbitros afirmaram que a caracterização de uma conduta estatal como justa e equitativa dependeria do contexto fático relacionado às ações estatais, incluindo os compromissos assumidos perante o investidor e pelo investidor diante do Estado, donde seria possível vedar condutas que pareceriam inicialmente permitidas, mas injustas no contexto do litígio.

Outro caso bastante ilustrativo da então indeterminação derivada da cláusula e da consequente discricionariedade dos tribunais arbitrais pode ser encontrado no caso TECMED c/ México¹⁰³, decidido em 2003, o tribunal arbitral reconheceu que o Estado receptor do investimento estrangeiro não poderia afetar as expectativas básicas que foram fomentadas no investidor.

Ou seja, de acordo com o tribunal TECMED o Estado deveria atuar de modo consistente, livre de ambiguidades e com transparência, bem como

¹⁰⁰ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 208, p. 247-276, 2015.

¹⁰¹ Pode-se citar os casos CME, TECMED, Metalclad e Occidental.

¹⁰² CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 157.

¹⁰³ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 154.

deveria abster-se de revogar arbitrariamente decisões ou permissões preexistentes que tenham servido como base para a decisão do investidor.

Assim, os primeiros laudos arbitrais¹⁰⁴ que começaram a se debruçar sobre a cláusula TJE conferiam ares de legitimidade ao discurso brasileiro refratário à aceitação da cláusula TJE, pois ao se fiarem no aspecto abstrato da cláusula TJE, acabavam por não trazer fundamentos concretos, e muito menos explicitavam as variáveis que eram levadas em consideração para fins de condenação dos Estados receptores de investimentos estrangeiros.

Foi nesse contexto de uma abrangente discricionariedade conferida aos árbitros, aliado à possibilidade de contestações de eventuais modificações de leis brasileiras referentes às suas políticas públicas, com relativização de sua soberania, que o Brasil adotou seu modelo próprio de tratado de proteção de investimentos - ACFI - o qual, obviamente, não prevê a cláusula TJE.

Os negociadores brasileiros não aceitam a inclusão nos ACFIs da cláusula do tratamento justo e equitativo, sendo que em nenhum ACFI celebrado até o momento foi previsto que o Brasil se sujeitaria a tal cláusula.

A análise das negociações dos diversos ACFIs confirma a resistência do país à negociação da cláusula TJE. Somente nos acordos Brasil-Suriname¹⁰⁵, Brasil-Guiana¹⁰⁶, Brasil-Emirados Árabes Unidos¹⁰⁷ o Estado brasileiro aceitou

¹⁰⁴ Essa amplitude da cláusula TJE, aliada à discricionariedade dos tribunais arbitrais, também pode ser extraída do caso *Metalclad c/ México*, no qual o tribunal determinou que o México falhou em prover um tratamento justo e equitativo ao investidor nos termos do direito internacional, mas não apresentou qualquer comprovação de que a conduta deveria mostrar-se flagrantemente ultrajante. (*Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso ICSID No ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000), para. 74-101). Cf. também o caso *Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador*, Caso UNCITRAL No UN 3467, Decisão Final (01/07/2004), para. 183, que assim estabeleceu, de forma genérica: “[...] A estabilidade do marco legal e negocial é um elemento essencial e um tratamento equitativo.”

¹⁰⁵ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO SURINAME. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5715/download>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁶ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5763/download>. Acesso em: 8 out. 2019.

¹⁰⁷ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS EMIRADOS ÁRABES UNIDOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download>. Acesso em: 8 out. 2019.

lançar em seu texto uma tímida menção ao padrão TJE, fazendo-o, entretanto, justamente para afastar sua aplicação ao tratado.¹⁰⁸

Entretanto, com o avançar dos anos verificou-se uma evolução da jurisprudência arbitral, a qual, com a maior submissão de casos, aliada a um refinamento na análise do conteúdo deste padrão – inclusive reconhecendo-o como costume, foi capaz de promover uma delimitação mais precisa de seus contornos, evitando que os países desenvolvidos e em desenvolvimento voltem-se contra si mesmos.¹⁰⁹

Nesse ponto, a definição das categorias¹¹⁰ componentes da cláusula TJE desempenhou um papel importante para uma maior precisão adotada pelos tribunais arbitrais quando da análise quanto a uma eventual ilicitude praticada pelo Estado receptor dos investimentos estrangeiro.

Também a discussão quanto à natureza jurídica do TJE, se um *standard* mínimo do costume internacional, ou um conceito autônomo com maior amplitude protetiva, também promoveu uma maior delimitação dos contornos de aplicação do padrão.

Assim, os laudos arbitrais do final dos anos dois mil em diante já se apresentavam com melhor refinamento na análise, e também no balanceamento entre os argumentos pró-investidor e pró-Estado, buscando respaldar suas decisões a partir da comprovação de abusos estatais e de efetivos prejuízos aos interesses do investidor, sem descuidar das necessidades estatais de formulação e atualização de suas políticas públicas.

É nesse sentido que caminhou o tribunal no caso *Saluka c/ República Checa*¹¹¹, no qual se assentou que o governo checo falhou ao não agir de forma

¹⁰⁸ ACFI Brasil-Suriname. Artigo 4(3) – “Para maior segurança, os padrões do “tratamento justo e equitativo” e da “segurança integral” não estão cobertos por este Acordo e não serão usados como cláusula interpretativa nas controvérsias de investimentos”.

¹⁰⁹ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. Santa Clara Journal of International Law, v. 12, p. 13, 2013.

¹¹⁰ As categorias da cláusula TJE, as quais já foram brevemente apresentadas na Introdução, e serão mais pormenorizadamente trabalhadas no Capítulo 2 desta dissertação, são: expectativas legítimas, razoabilidade/proporcionalidade, não discriminação, transparência, devido processo legal e boa-fé.

¹¹¹ *Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa*, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006), para. 407.

imparcial, transparente e consistente, assim como de forma desarrazoada negou-se a estabelecer um canal de diálogo adequado com o investidor.

Além disso, no caso *Inmaris Perestroika c/ Ucrânia*¹¹² o tribunal arbitral afirmou que um ato de governo pode ser injusto ou desigual se estiver violando compromissos específicos, se for empreendido com base em motivações políticas ou outros motivos igualmente impróprios, e se o investidor não for tratado de maneira objetiva, imparcial e transparente.

Outro exemplo pode ser extraído do caso *OAo Tatneft c/ Ucrânia*¹¹³, no qual se assentou que a cláusula TJE compreenderia pelo menos (i) uma proteção contra medidas arbitrárias e desarrazoadas, discriminação, e denegação de justiça; (ii) o direito ao devido processo substancial e procedimental; e (iii) a garantia de um arcabouço legal previsível, consistente e estável.

Em caso julgado em 2017 - *Teinver c/ Argentina*¹¹⁴, o tribunal, reconhecendo a generalidade e indeterminação da expressão justo e equitativo constante do texto do tratado, manifestou-se no sentido de que iria proceder ao julgamento do caso levando em consideração tanto o texto do tratado quanto as decisões de outros tribunais arbitrais, bem como de que ao investidor não seria legítimo ter expectativas de que o marco regulatório de um Estado jamais seja modificado, sendo conferido a este o direito à modificação de suas leis.

Nota-se dos casos acima apresentados que as decisões arbitrais evoluíram no sentido da maior delimitação dos limites da cláusula TJE, ancorando-se, principalmente, nas categorias do TJE que foram sendo definidas ao longo dos anos, o que permitiu estabelecer contornos mais precisos quanto aos deveres do Estado receptor do investimento estrangeiro.¹¹⁵

¹¹² *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others c/ Ucrânia*, Caso ICSID No ARB/08/8, Decisão Final (01/03/2012), para. 265.

¹¹³ *OAo Tatneft c/ Ucrânia*, Caso UNCITRAL, Decisão Final (29/07/2014), para. 352, 394 e 411.

¹¹⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/09/1, Decisão Final (21/07/2017), para. 668.

¹¹⁵ Outro caso de relevância para a comprovação da evolução jurisprudencial calcada nas categorias do TJE é o *Waste Management c/ México*, no qual a ofensa à cláusula TJE foi vinculada a uma conduta arbitrária, injusta ou idiossincrática, discriminatória ou sem observância do devido processo legal. Cf.

A análise dos laudos arbitrais ao longo das últimas décadas comprova o progresso das decisões no sentido de uma maior delimitação dos contornos da cláusula TJE, o que, se por um lado traz maior segurança jurídica e estabilidade para os interesses das partes, por outro esvazia o discurso brasileiro refratário ao TJE fundado em razões de cunho político-diplomático.

Por fim, a análise empreendida neste capítulo permite concluir que a cláusula do tratamento justo e equitativo se transformou em costume do Direito Internacional dos Investimentos.

Essa conclusão se dá em razão da conjugação de dois elementos caracterizadores de uma norma consuetudinária: (i) sua massificação em tratados de proteção de investimentos (elemento objetivo), e (ii) a crença da comunidade internacional de obrigatoriedade da observância do TJE (elemento subjetivo).

Comprovou-se ao longo do capítulo que a cláusula TJE vem sendo adotada em diversos tratados de investimentos celebrados desde a década de sessenta do século passado, apresentando-se disseminada por todos os continentes.

A constatação da cláusula TJE como norma consuetudinária carrega extrema importância em razão do caráter vinculante do costume, pois se trata de fonte normativa do Direito Internacional, conforme previsto no artigo 38 da CIJ.

Desse modo, ainda que o governo brasileiro se oponha à previsão e aceitação do TJE em seus ACFIs, essa atitude por si só não é capaz de isentar o país da observância do conteúdo prescrito pelo tratamento justo e equitativo.

Diante dessa constatação, a definição da natureza jurídica do TJE como costume internacional permite que se infira que a postura do Brasil contrária ao padrão o caracteriza como um objeção persistente do tratamento justo e equitativo.

Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos (Número 2), Caso ICSID No ARB(AF)/00/3, Decisão Final (30/04/2004), para. 98.

Por fim, procedeu-se a uma análise da evolução dos laudos envolvendo a análise da cláusula TJE pelos tribunais arbitrais, os quais atestam a evolução do padrão ao status de norma costumeira do Direito Internacional dos Investimentos.

Igualmente, essas decisões arbitrais vêm promovendo uma maior delimitação dos contornos dessa proteção, inclusive com a segmentação do TJE em categorias.

Esse refinamento do entendimento dos tribunais arbitrais acaba por esvaziar as justificativas político-diplomáticas do Brasil de que o *standard* seria demasiadamente pro-investidor e que, ademais, imporia uma intervenção demasiadamente intervencionista na discricionariedade brasileira de adoção de políticas públicas.

Diante do quanto analisado, levando-se em consideração a obrigatoriedade de o Brasil observar o TJE em função de sua natureza de costume, a investigação do ordenamento jurídico pátrio permite avaliar se o sistema jurídico brasileiro contém dispositivos com nível de proteção equivalente àquele conferido pelo tratamento justo e equitativo, o que se faz no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3: A IDENTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DAS CATEGORIAS TJE

Se por um lado se verifica a dificuldade de sustentação da aversão brasileira ao TJE em razão de seu processo evolutivo rumo a um costume internacional do Direito dos Investimentos e da obsolescência do discurso político-diplomático, por outro a decomposição da cláusula TJE em categorias feita pelos tribunais arbitrais abre espaço para o governo brasileiro, ao menos juridicamente, sustentar sua posição de contrariedade à cláusula TJE por meio da identificação do *standard* no ordenamento jurídico brasileiro.

Os elementos tradicionalmente definidos pelos tribunais arbitrais como sendo formadores do padrão do tratamento justo e equitativo subdividem-se em seis categorias¹¹⁶, quais sejam: (i) expectativas legítimas; (ii) razoabilidade/proporcionalidade; (iii) não discriminação; (iv) transparência/consistência¹¹⁷; (v) devido processo legal; e (vi) boa-fé.

Esses padrões do TJE identificados no direito dos investimentos possuem correspondentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais seriam, respectivamente àqueles, (i) princípio da confiança legítima; (ii) princípio da proporcionalidade em sentido lato; (iii) princípio da igualdade e não discriminação; (iv) princípio da publicidade; (v) princípio do devido processo legal formal e material; e (vi) princípio da boa-fé objetiva.

Desse modo, os equivalentes às categorias TJE no ordenamento jurídico brasileiro podem ser resumidos no quadro abaixo:

¹¹⁶ Cumpre ressaltar que não há nas decisões arbitrais, tampouco na doutrina, uma unanimidade no que concerne aos elementos formadores da cláusula TJE. O autor optou por traçar um recorte neste trabalho levando em consideração as categorias com maior ocorrência nas decisões arbitrais.

¹¹⁷ A categoria da transparência é igualada à categoria da consistência. Para tanto, *cf.* Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008), para. 602.

Quadro 3
Equivalente do padrão TJE no Ordenamento jurídico brasileiro

<i>Standard do TJE</i>	Ordenamento jurídico brasileiro
Expectativas legítimas	Confiança legítima
Razoabilidade/Proporcionalidade	Proporcionalidade em sentido lato
Não discriminação	Igualdade e não discriminação
Transparência	Publicidade
Devido processo legal	Devido processo legal formal e material
Boa-fé	Boa-fé objetiva

Fonte: Elaborado pelo autor.

Apresentadas inicialmente a correspondência entre os elementos da cláusula TJE e o ordenamento jurídico brasileiro, passa-se nos tópicos seguintes à análise específica quanto ao conteúdo de cada um dos componentes da cláusula TJE, por meio da análise de laudos arbitrais e doutrina internacionalista.

3.1. A categoria das expectativas legítimas como elementos balizador da identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro

O presente tópico almeja identificar a categoria das expectativas legítimas no sistema jurídico brasileiro a partir da análise de seus institutos no Direito Internacional dos Investimentos e no direito brasileiro.

Atingida essa conclusão, pode-se certificar a materialização das expectativas legítimas no ordenamento jurídico nacional, o que se corporifica no princípio da confiança legítima.

Assim, a categoria das expectativas legítimas passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.1.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.1.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1. A categoria das expectativas legítimas no Direito Internacional dos Investimentos

A primeira categoria, consistente nas expectativas legítimas, tem como característica que lhe é intrínseca a noção de estabilidade do regime jurídico aplicável ao investimento feito no país receptor.

A legítima expectativa constitui a confiança depositada pelo investidor de que as regras jurídicas que regem seu investimento não sofrerão alterações casuísticas, o que poderia causar-lhe prejuízos econômico-financeiros.

O texto dos tratados de proteção de investimentos que mencionam a cláusula TJE não adentra em minúcias quanto à abrangência do padrão. Ou seja, os tratados de proteção de investimentos são silentes quanto ao elemento das expectativas legítimas, tratando-se, em verdade, de uma criação fundada na prática arbitral.

Dessa forma, coube aos tribunais arbitrais delimitar conceitualmente o alcance da categoria das expectativas legítimas, inclusive quanto a sua vinculação direta à ideia de estabilidade do ordenamento legal do Estado receptor da inversão, o que muitas vezes, de forma inapropriada, tem gerado críticas quanto à liberdade de decisão por parte das cortes arbitrais.¹¹⁸

Partindo-se de um julgado paradigmático em termos de expectativas legítimas, o tribunal arbitral do caso TCMED¹¹⁹ manifestou-se no sentido de que a decisão de agência estatal de não renovar a licença do reclamante contrariaria a obrigação do Estado de lhe oferecer um tratamento justo e equitativo.

Assim, concluiu-se que a agência estatal teria falhado ao não proporcionar ao investidor um aviso antecipado de que sua licença não seria renovada, o que

¹¹⁸ Entende-se que as críticas quanto a uma eventual liberdade dos tribunais para dizer o direito não prosperam, pois, a uma, conforme já explanado em linhas anteriores, os tribunais arbitrais têm progressivamente estabelecido uma melhor delimitação da cláusula TJE, a dois, porque não há na literatura comprovação irrefutável no sentido de que tal liberdade seria usada a favor seja do investidor seja do Estado receptor de investimento estrangeiro.

¹¹⁹ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 154.

inviabilizou a qualquer oportunidade de se manifestar quanto à decisão estatal, afetando as expectativas legítimas do investidor.

O tribunal do caso *International Thunderbird*¹²⁰, analisando as expectativas legítimas no contexto do NAFTA, ressaltou, com base no costume internacional, que seu conceito relaciona-se a uma situação na qual uma parte contratante cria com sua conduta expectativas razoáveis e justificáveis no investidor estrangeiro.

O caso *Parkerings* trouxe definição sobre expectativas legítimas da seguinte forma:

A expectativa é legítima se o investidor recebeu uma promessa explícita ou garantia do Estado hospedeiro, ou implicitamente, o Estado hospedeiro deu garantias ou fez representações que levaram o investidor a realizar o investimento. [...] no caso em que o Estado hospedeiro não assegurou ou fez alguma representação, as circunstâncias que nortearam a conclusão do tratado são decisivas para determinar se a expectativa do investidor é legítima. Para fins de determinar a expectativa legítima do investidor, também é necessário analisar a conduta do Estado ao tempo do investimento.¹²¹

No caso *CMS*¹²² o tribunal arbitral asseverou que o padrão TJE, na sua acepção das expectativas legítimas, seria indissociável do conceito de estabilidade e previsibilidade.¹²³ É como se houvesse a previsão de cláusulas de estabilização¹²⁴ em cada contrato Estado-investidor.¹²⁵

No caso *Aboilard*¹²⁶ que tratava da objeção lançada pelo governo haitiano em face de contratos celebrados entre autoridades do governo do Haiti e o

¹²⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso UNCITRAL, Decisão Final (26/01/2006), para. 147.

¹²¹ *Parkerings-Compagniet AS c/ República da Lituânia*, Caso ICSID No ARB/05/8, Decisão Final (11/09/2007), para. 331.

¹²² *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*, Caso ICSID No AARB/01/8, Decisão Final (12/05/2005), para. 462.

¹²³ A estabilidade do ordenamento legal e de negócios também foi afirmada no caso *Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador*, Caso do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres No. UN 3467, Decisão Final (1/07/2004), para. 183.

¹²⁴ Cláusulas de estabilização são provisões em contratos de investimentos que balanceiam o risco derivado de mudanças regulatórias para os investidores. *In* GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. *Stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment*. Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017.

¹²⁵ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017. p. 355.

¹²⁶ *Louis Aboilard (República Francesa) c/ República do Haiti*, Decisão Final (26/07/1905).

francês Louis Aboilard, o tribunal reconheceu a existência de expectativas de um concessionário em relação à continuidade das concessões que lhe foram outorgadas pelo governo haitiano.

Diante dessa conduta estatal, chegou-se à conclusão de que ao agir de modo diferente do que esperado pelo investidor o governo do Haiti violou as expectativas legítimas criadas em Louis Aboilard, o que lhe causou prejuízos.

Embora a estabilidade prevista na categoria das expectativas legítimas demande análise casuística, a ser realizada em cada caso concreto, pode-se dizer que, em regra, tal estabilidade significa que o Estado que recebe os investimentos deverá manter um ambiente regulatório relativamente estável, tendo em vista os termos contratuais que regem a inversão estrangeira.

Deve-se ter em mente que os tribunais arbitrais não demandam uma estabilidade absoluta do ambiente regulatório do Estado receptor do investimento, pois do contrário estar-se-ia engessando a possibilidade de o país promover mudanças necessárias em determinado setor, especialmente em períodos de crises econômico-financeiras.

Nesse sentido, os tribunais, em regra, têm adotado o posicionamento de que a categoria das expectativas legítimas demandaria certo nível de estabilidade aos interesses do investidor, o que a caracterizaria como demandante de uma estabilidade relativa, sujeita a análise caso a caso.

A esse propósito, no caso *Impregilo c/ Argentina (I)*¹²⁷, aquele tribunal afirmou que as expectativas legítimas não podem ser compreendidas no sentido de vedar aos estados a possibilidade de promover mudanças em seu ordenamento jurídico, particularmente em tempos de crises.

Deve-se ressaltar, ainda, que a maioria das decisões oriundas dos tribunais arbitrais, no que tange à cláusula TJE, tem se posicionado no sentido de que a referida estabilidade deve ser aferida no momento em que o contrato é

¹²⁷ *Impregilo S.p.A. c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/07/17, Decisão Final (12/06/2011), para. 291.

entabulado entre as partes¹²⁸, pois é neste momento que surge no investidor a expectativa de que o ambiente regulatório lhe proporcionará a devida previsibilidade.¹²⁹

Em outros casos o tribunal considerou, além do momento inicial do investimento, também o prazo durante o qual há a realização do investimento como incluídos na proteção das expectativas legítimas, conforme ocorrido no caso *Teinver c/ Argentina*.¹³⁰

Já a doutrina internacionalista manifesta-se no sentido de reconhecer que, embora os tribunais arbitrais tenham talhado algumas categorias que compõem a cláusula TJE, as expectativas legítimas são atualmente o ponto central na compreensão do conceito e da dimensão protetiva da cláusula TJE.¹³¹

Monebhurrin assevera que as expectativas legítimas constituiriam verdadeiro princípio geral do Direito Internacional. De acordo com o autor:

Considerar as expectativas legítimas como um princípio geral do direito traz mais autonomia e "legitimidade" a esse elemento de tratamento justo e equitativo. Dado que pode (agora) ser lido em consonância com seu significado e aplicação nos sistemas jurídicos nacionais, seus contornos são ligeiramente redefinidos. Deve ser invocado seguindo a lógica de sua aplicação dentro desses sistemas, na qual expectativas legítimas são forjadas por representações específicas feitas por uma pessoa e que outra pessoa entende como vinculativas à primeira. Como princípio geral do direito, as expectativas legítimas podem ser enquadradas conforme esta definição, a fim de codificar e padronizar sua aplicação.¹³² **(tradução livre)**

Ademais, a categoria das expectativas legítimas atua como uma espécie de proteção da confiança contra condutas administrativas e legislativas ilegais. Assim, em sendo as expectativas legítimas um elemento do estado de direito,

¹²⁸ Conforme decidido também em: *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ República do Equador*, Caso ICSID No ARB/04/19, Decisão Final (18/08/2008), para. 340; *Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICSID No ARB/07/27, Decisão Final (09/10/2014), para. 256; e *Urbaser and CABB c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/07/26, Decisão Final (08/12/2016), para. 623.

¹²⁹ Quanto à definição temporal para a proteção ao investimento estrangeiro com base na categoria das expectativas legítimas, pode-se conferir também o caso *Cervin and Rhone c/ República da Costa Rica*, Caso ICSID No ARB/13/2, Decisão Final (07/03/2017), para. 509.

¹³⁰ *Teinver and other c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/09/1, Decisão Final (21/07/2017), para. 667.

¹³¹ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 17, 2013.

¹³² MONEBHURRUN, Nitish. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 5, p. 551-561, 2015.

têm elas o potencial de restringir a margem de discricionariedade do legislador em seu processo decisório no que tange a uma eventual mudança do marco regulatório.¹³³

Ainda sobre as expectativas legítimas como elemento de proteção dos investidores, a doutrina também se posiciona no sentido de sua evolução de uma aplicação específica, limitada a um caso concreto, para abranger toda a experiência regulatória estatal, destacando-se as obrigações de transparência, previsibilidade, estado de direito e não discriminação para a análise de uma confiança razoável.¹³⁴

Dessa maneira, a categoria das expectativas legítimas entalha verdadeira garantia de que o Estado receptor do investimento estrangeiro se comportará de acordo com as expectativas geradas no investidor quando as partes negociaram a realização do investimento, pois é nesse momento que o agente econômico possui diante de si os elementos necessários para que possa avaliar a viabilidade do aporte de seus recursos no país.

Não se deve olvidar, entretanto, que ao Estado que atrai os investimentos não lhe é negado o direito de promover alterações legais e mudança em termos de políticas públicas, especialmente em políticas regulatórias.

Isso se dá em razão do reconhecimento de que a realidade econômica do país se apresenta com uma dinamicidade que exige mudanças em prol de avanços normativos, bem como político-econômicos.

O que a categoria das expectativas legítimas exige é que o Estado não promova alterações abruptas, que imponham ao investidor prejuízos e quebra de expectativas afora daquilo que lhe fora prometido quando da atração dos recursos.

As principais características das expectativas legítimas podem ser sintetizadas no quadro abaixo.

¹³³ SCHILL, Stephahn W. Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of Law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, v. 3, n. 5, 2006.

¹³⁴ MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand, 2008. p. 503.

Quadro 4
Características da Categoria das Expectativas Legítimas

Princípio geral do Direito Internacional
Confiança razoável
Expectativas razoáveis e justificáveis
Estabilidade e previsibilidade
Estabilidade relativa
Análise no início e durante o investimento
Proteção contra quebras de expectativas

Fonte: Elaborado pelo autor.

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria das expectativas legítimas, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.1.2. A identificação da categoria das expectativas legítimas no direito brasileiro por meio do princípio da proteção da confiança

O princípio das expectativas legítimas manifesta-se no ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, cujo artigo elenca verdadeiros direitos e garantias fundamentais¹³⁵ a orientar as relações jurídicas daqueles que mantenham relações jurídicas em território brasileiro.

A proteção conferida pela norma constitucional correlaciona-se diretamente com as expectativas legítimas ao garantir que o ato jurídico perfeito será garantido mediante a irretroatividade da lei (ou a irretroatividade do próprio ato administrativo proveniente de autoridade pública), de modo a proteger aquelas situações jurídicas pactuadas sob a égide de determinado regramento jurídico. Trata-se de proteção do indivíduo (pessoa física ou jurídica) contra investidas arbitrárias do Estado.

¹³⁵ A diferença entre direito e garantia fundamental se mostra tênue; enquanto aquele busca tutelar tanto um bem específico da pessoa (*e.g.*, a vida) quanto proteger tal direito indiretamente por meio da limitação do poder, esta última possibilita ao indivíduo exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que detém. *In* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

Em sede administrativa, primeiramente se há que mencionar a regra de que os atos administrativos são presumidamente legítimos, o que significa que, a menos que se verifique alguma ilegalidade, os atos emanados do agente público, que nessa qualidade gera expectativas na parte, detém presunção, ainda que relativa, de ser legítimo, gerando seu regular efeito.

Ou seja, os atos editados pela Administração Pública têm contra si a presunção de serem legítimos, de terem surgido em conformidade com as normas legais da época de sua edição. Tal presunção reside no fato de que seria inconcebível que tais atos estivessem sujeitos a alterações casuísticas por parte de pessoas com interesses contrapostos aos do agente que editou o ato.¹³⁶

Ademais, a proteção da confiança (expectativas legítimas) se apresenta na regra de decadência disposta no artigo 54 da Lei nº 9.784/99¹³⁷, denominada Lei do Processo Administrativo federal, a qual garante a consolidação do ato administrativo nos casos em que a Administração Pública não o anule no prazo decadencial de cinco anos.

A regra de decadência para anulação de um ato administrativo caracteriza-se como garantia material de que a confiança depositada pelo agente em um ato estatal será honrada pelo Estado, o que está intimamente ligado à noção de um estado de direito, no qual a Administração Pública deve buscar sempre primar pela segurança jurídica e a proteção da confiança que nela foi depositada pelos administrados.

Exemplificativamente, a regra da decadência conferiria ao investidor estrangeiro o direito de que um ato administrativo avalizado pela Administração Pública não possa ser invalidado depois do decurso de certo lapso temporal, dada a confiança e segurança jurídica geradas no investidor.

Nesse sentido, essa proteção da confiança prevista no ordenamento pátrio e fundada na segurança jurídica estaria correlacionada com a proteção contra quebras de expectativas previstas pela categoria das expectativas

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 122.

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

legítimas, mais precisamente em relação à estabilidade e previsibilidade exigida dos atos estatais.

Na órbita tributária, área caracterizada pela atuação calcada no poder de império estatal, o investidor estrangeiro também pode valer-se, no Direito brasileiro, das disposições prescritas pela Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional (CTN)¹³⁸. Nesse sentido, assuntos como fato gerador¹³⁹, lançamento tributário¹⁴⁰, decadência e prescrição tributária¹⁴¹ possuem regramento específico de modo a tutelar os direitos do contribuinte em face de uma eventual ação estatal conduzida fora do espectro da segurança jurídica.

Assim, no que concerne ao fato gerador da obrigação tributária, o CTN dispõe em seu artigo 144 que o lançamento tributário se reporta à data do fato gerador da obrigação, de modo que será a lei do período da constituição do encargo que regerá a relação entre o investidor e o Fisco.

No mesmo sentido protetivo, a decadência para o lançamento pelo Fisco pode ser localizada no artigo 173 do CTN¹⁴², o qual delimita o prazo de 5 (cinco) anos para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário, sob pena de incidência do instituto decadencial.

A prescrição, por seu turno, impede o Estado de cobrar o crédito tributário já atingida pelo decurso de determinado prazo. O CTN estabelece em seu artigo 174 o direito do Fisco de cobrar seu crédito no interregno de 5 (cinco) anos,

¹³⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966, col. 1, p. 12.452.

¹³⁹ Fato gerador, também denominado “hipótese de incidência tributária” por Paulo de Barros Carvalho, constitui o momento em que a norma tributária, diante da ocorrência do fato descrito hipoteticamente na norma, passa a gerar efeitos jurídicos sobre uma relação individualizada (contribuinte). In CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 109.

¹⁴⁰ Lançamento tributário é o ato advindo de agente público, posteriormente ao nascimento da obrigação tributária (fato gerador), por meio do qual o indivíduo será obrigado ao pagamento do tributo, tornando-se, desse modo, exigível. In AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 17 ed. São Paulo: Saraiva. p. 359-360.

¹⁴¹ Decadência e prescrição são institutos que fulminam o direito do Fisco de tanto gerar a obrigação tributária (lançamento tributário), o que se dá por meio da decadência, quanto cobrá-la (exigibilidade), o que se dá por meio da prescrição. In AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 17 ed. São Paulo: Saraiva. p. 422.

¹⁴² CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

contado da sua constituição definitiva, o que denota outra garantia de segurança jurídica e, também, de proteção da confiança legítima, conferida ao investidor estrangeiro em sede tributária.

Desse modo, não obstante o Brasil não aceite incluir a cláusula TJE em seus acordos de proteção de investimento, o ordenamento jurídico brasileiro contém regramento legal consentâneo com o grau de proteção oferecido por aquela cláusula, sendo capaz de tutelar os interesses dos investidores estrangeiros por meio do recurso ao princípio da proteção da confiança legítima¹⁴³, inclusive por meio de decisões provindas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O STF já decidiu ser o princípio da proteção da confiança¹⁴⁴ vetor de preservação quanto a modificações na interpretação jurídica de fatos passados, inclusive com a manutenção de possíveis efeitos jurídicos advindos de atos inválidos.

Nesse sentido, o princípio da proteção da confiança teria o objetivo de proteger as expectativas legitimamente criadas nos indivíduos em razão de atos emanados do Estado.¹⁴⁵

Em outra decisão o STF se posicionou de forma clara quanto à proteção jurídica de situações consolidadas no passado, ressaltando a ligação direta do princípio da confiança com o Estado Democrático de Direito, revestido de um

¹⁴³ O princípio da confiança foi mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança no 24.268, no qual o julgador argumenta no sentido de que o princípio da confiança estaria ligado ao princípio da segurança jurídica, sendo, pois, pedra angular do Estado de Direito. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 24.268. MANDADO DE SEGURANÇA. Relatora Originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 05/02/2004.

¹⁴⁴ O princípio da proteção da confiança, derivado do princípio da segurança jurídica, é de construção do direito alemão, possuindo em seu âmago um componente de ética jurídica, o qual é expresso no princípio da boa-fé. In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 858.

¹⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 823985 AgR/MG. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

conteúdo ético, social e jurídico. Para o tribunal o princípio incidiria inclusive sobre situações de direito público.^{146 147}

Outra decisão do Supremo referente a tributação e que prestigiou o princípio da proteção da confiança afirmou que redução de prazo prescricional imposto por nova lei somente incidiria em demandas ajuizadas após o transcurso do período de *vacatio legis* disposto em lei, pois uma aplicação retroativa de tal prazo vulneraria o princípio da segurança jurídica, este consubstanciado em seus conteúdos da proteção da confiança e da garantia de acesso à justiça.¹⁴⁸

Ademais, em caso submetido ao Tribunal sobre provimento derivado de cargo público o tribunal manifestou entendimento de que a proteção da confiança incide não somente sobre atos da Administração Pública, mas também sobre decisões judiciais. Também entendeu explicitamente que tal princípio protege as legítimas expectativas criadas pelo Estado no particular. Nesse sentido, assim dispôs o julgado¹⁴⁹:

7. O princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. **Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão.** Em última análise, o princípio da confiança legítima **destina-se precipuamente a proteger**

¹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 652469 AgR/PA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 26/09/2017.

¹⁴⁷ No mesmo sentido quanto à compreensão da ligação do princípio da proteção da confiança ao postulado da segurança jurídica, *cf.* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27006 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 15/03/2016; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 29314 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgamento: 08/03/2016; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28917 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento: 13/10/2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27467 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 08/09/2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28494/MT. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 02/09/2014; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 704882/RJ. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 18/12/2012; e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 566621/RS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento: 04/08/2011.

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 951533 AgR-segundo/ES. SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para Acórdão: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma. Julgamento: 12/06/2018.

¹⁴⁹ No mesmo sentido o Ministro Roberto Barroso já havia argumentado anteriormente da mesma forma, inclusive com o mesmo teor da decisão reproduzida neste trabalho. Para tanto, *cf.* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 823985 AgR/MG. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

8. A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da ascensão em cargo público ocorrida há anos pode, presentes determinadas condições, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.¹⁵⁰ **(grifei)**

Seguindo a mesma lógica de tutela do particular por meio da vedação à retroação de atos emanados do Estado, decisão do STF julgou inviável entendimento retroativo a respeito de interpretação de súmula do Tribunal de Contas da União, vedando prejuízo envolvendo ato concessivo de aposentadoria.¹⁵¹

Em nível infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a importância do princípio da proteção da confiança legítima para salvaguardar a previsibilidade e calculabilidade (*sic*) do comportamento, vedando o comportamento lesivos às expectativas geradas na outra parte. Para tanto, deteria duas funções particulares no ordenamento jurídico: (i) como proteção das expectativas legítimas, e (ii) como justificativa de vinculabilidade (*sic*) das partes à relação jurídica.¹⁵²

Nesse ponto, a correlação entre o ordenamento jurídico brasileiro e a categoria das expectativas legítimas do TJE se faria notar na conexão entre, respectivamente, estabilidade e previsibilidade das legítimas expectativas e a necessidade de previsibilidade e calculabilidade (*sic*) demandada pelo STJ.

Nesse sentido, a proteção da confiança salvaguarda direitos individuais em face do Estado, ou de quem exerce o poder, fundando-se no ato normativo,

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 861595 AgR/MT. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 27/04/2018.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28223 AgR-segundo/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento: 24/03/2017.

¹⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 1340152/DF. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Julgamento: 06/11/2018.

entendido em sentido amplo como sendo lei ou ato administrativo, e que serviu de fundamento capaz de ensejar determinado comportamento por parte do sujeito.¹⁵³

No entanto, deve-se reconhecer que a equivalência entre ambos os conceitos pode não ser total, vez que, por exemplo, no caso Impregilo c/ Argentina asseverou-se que as expectativas legítimas não vedariam alterações de políticas em tempos de crise; de outro modo, o princípio da confiança legítima parece denotar uma garantia mais sólida e rígida, tutelando o jurisdicionado no Brasil em nível mais intenso, ainda que diante de quadros extremos de problemas fiscais.

Por fim, a correspondência entre a categoria das expectativas legítimas do Direito Internacional dos Investimentos e o princípio da confiança legítima no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

Quadro 5

Correspondência entre Expectativas Legítimas e Princípio da Confiança Legítima

Espectro	Categoria das expectativas legítimas	Princípio da confiança legítima
Normativo (tratados, leis)	- Em regra, omissos	- Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal - Artigo 54 da Lei nº 9.784/99
Jurisprudencial	Estabilidade dos atos estatais Previsibilidade Estabilidade relativa Caso concreto Análise ao tempo do contrato	Vinculado ao princípio da segurança jurídica Proteção de direitos individuais face o Estado

¹⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 138-139.

Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Princípio geral de direito - Proteção da confiança - Estado de direito 	<ul style="list-style-type: none"> - Presunção (relativa) de legitimidade dos atos estatais - Ato jurídico perfeito - Decadência administrativa
--------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: Elaborado pelo autor.

Feita a análise quanto à correspondência entre a categoria TJE das expectativas legítimas e o princípio da proteção da confiança, avança-se para a análise da categoria da razoabilidade/proporcionalidade e sua identificação no Brasil, manifestada no princípio da proporcionalidade em sentido lato.

3.2. As demais categorias da cláusula TJE como elementos de suporte à identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme explanado no capítulo 1 referente às premissas metodológicas do trabalho, as demais categorias da cláusula TJE serão analisadas como forma de reforço da conclusão de que é possível identificar a manifestação do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico nacional, o que é feito nas linhas seguintes.

3.2.1. A categoria da proporcionalidade e da razoabilidade

Neste tópico avança-se na identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise da materialização da categoria da razoabilidade e da proporcionalidade no sistema jurídico do Brasil, o que se dá por meio do princípio da proporcionalidade em sentido lato.

A categoria da razoabilidade/proporcionalidade passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.2.1.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.2.1.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1.1. A categoria da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Internacional dos Investimentos

Outra categoria do *standard* TJE identificada pelos tribunais arbitrais consiste no princípio da razoabilidade (proporcionalidade), por meio do qual determinada atividade estatal que venha a provocar efeitos na esfera de direitos do investidor deve ser proporcional, guardando certo equilíbrio.

Considera-se, sob a perspectiva dessa categoria, a exigência de disponibilização de um tratamento proporcional entre uma medida adota pelo Estado e a interferência nos interesses do investidor.¹⁵⁴

Os tratados bilaterais de investimentos costumam abranger a proteção dos investidores, e de seus ativos, com base em um tratamento fundado na razoabilidade^{155 156}, em regra valendo-se da expressão “proporcionalidade”.¹⁵⁷

Assim, os tratados de investimentos buscam garantir aos investidores uma atuação estatal calcada no tratamento proporcional, razoável, de modo a não adotar práticas que se situem além dos limites do que é aceitável, assim como veda uma atuação do Estado com base em excesso de poder.

¹⁵⁴ MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in international investment law. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 1, n. 1, p. 145, 2013. p. 157.

¹⁵⁵ Em levantamento feito pelo autor constatou-se a existência de 1.713 BITs, tanto vigentes quanto não vigentes ou finalizados, que contêm o princípio da razoabilidade/proporcionalidade em seus textos. Ressalte-se que o filtro levou em consideração apenas a obrigatoriedade dessa categoria em face dos atos estatais, desconsiderando-se sua obrigatoriedade por parte do investidor. A metodologia valeu-se da ferramenta “Mapeamento de Conteúdo de IIAs”, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁵⁶ Uma observação metodológica, no entanto, se faz necessária. Com relação ao princípio em tela, o mecanismo de busca do Investment Policy Hub da UNCTAD traz uma mineração dos dados para a sentença “proibição de medidas desarrazoadas, arbitrárias ou discriminatórias”, pois os BITs trazem esses três termos (razoabilidade, arbitrariedade e discriminatório) previstos na mesma sentença, tanto que a quantidade de BITs contendo tal sentença é a mesma entre as categorias da razoabilidade e da não discriminação (1.713 tratados).

¹⁵⁷ Em termos de direito brasileiro, a literatura não é uníssona quanto a uma estrita divisão entre ambos os princípios, muitas vezes situando-os como princípios equivalentes. Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade, sendo que aquele possui desenvolvimento na jurisprudência anglo-saxônica, ao passo que este último tem origem no direito suíço e alemão (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 41-42). Cf. ainda NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 485; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255-257.

O acordo entre Albânia e Azerbaijão¹⁵⁸ dispõe, em seu artigo 2(4), que nenhuma das partes poderá adotar medidas desarrazoadas que impliquem prejuízo à operação, direção, manutenção, uso ou disposição dos investimentos do investidor estrangeiro.¹⁵⁹

Nota-se que a maioria dos BITs com proteção fundada no tratamento razoável conta com redação similar, via de regra tutelando o investidor no seu direito de gerenciar, manter, usar, gozar ou dispor de seus investimentos, conforme se constata também no artigo 2(2) do acordo entre Tonga e Reino Unido.¹⁶⁰

No que se refere ao reconhecimento da categoria da razoabilidade (proporcionalidade) como elemento da cláusula TJE, os tribunais arbitrais têm consecutivamente reconhecido tal ligação.

Desse modo, no caso Tecmed c/ Estados Unidos¹⁶¹, o tribunal, ao se debruçar sobre a análise do *standard* TJE, afirmou que o cumprimento do padrão pelo Estado constituiria uma maneira de evitar com que a ação estatal fosse caracterizada como sendo arbitrária, ou destituída de qualquer razoabilidade.

Em um caso mais recente, entre Oxus Gold c/ Uzbequistão¹⁶², aquele tribunal afirmou expressamente que o dever de evitar medidas desarrazoadas estabelecidas no artigo 2(2) daquele BIT subsume-se à cláusula TJE.

O caso Occidental c/ Equador¹⁶³ também é bem ilustrativo da correlação entre cláusula TJE e princípio da proporcionalidade, uma vez que declarou que diversos laudos arbitrais no contexto das arbitragens levadas a cabo pelo ICSID

¹⁵⁸ ACORDO ENTRE O CONSELHO DE MINISTROS DA REPÚBLICA DA ALBÂNIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO AZERBAIJÃO PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁵⁹ O mesmo espectro protetivo é observado, seja nos mesmos termos ou com redação próxima, nos seguintes acordos: Alemanha-Albânia – artigo 2(2); Croácia-Camboja – artigo 3(1); Camarões-Turquia – artigo 3(2) e Rússia-Suécia – artigo 3(1).

¹⁶⁰ ACORDO ENTRE O GOVERNO DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE E O GOVERNO DO REINO DE TONGA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2347>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁶¹ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 154.

¹⁶² Oxus Gold c/ República do Uzbequistão, Caso UNCITRAL, Decisão Final (17/12/2015), para. 323.

¹⁶³ Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso ICSID No ARB/06/11, Decisão Final (05/10/2012), para. 404.

sustentam ser o princípio da proporcionalidade aplicável a possíveis violações de obrigações previstas em tratados bilaterais de investimentos. Reiterou, ainda, ter sido o padrão TJE interpretado como uma obrigação de proporcionalidade em diversas ocasiões.¹⁶⁴

Para alguns autores, um tratamento desproporcional, desarrazoado ou mesmo arbitrário seria o exemplo mais nítido de uma possível violação da cláusula TJE.¹⁶⁵

Além disso, a literatura do Direito dos Investimentos reconhece a existência da proporcionalidade (razoabilidade) como sendo um dos *clusters* de princípios normativos¹⁶⁶ componentes da cláusula TJE, mencionando que os tribunais arbitrais conectam o *standard* TJE à categoria que demanda um tratamento proporcional, razoável, por parte do Estado.

Quanto à diferença de conteúdo entre os dois termos, tal como a proporcionalidade, mas com menor precisão metodológica, a razoabilidade pode ser utilizada para fins de controle da extensão das interferências do Estado receptor sobre o investimento estrangeiro.¹⁶⁷

Schill já se posicionara no sentido de que os tribunais arbitrais soem associar o tratamento justo e equitativo ao conceito de razoabilidade e proporcionalidade, critério que desempenha importante papel como regra de direito em diversos ordenamentos jurídicos.¹⁶⁸

¹⁶⁴ No mesmo sentido caminharam diversos outros tribunais arbitrais. Cf. MTD Equity SDN.BHD. and other c/ República do Chile, Caso ICSID No ARB/01/7, Decisão Final (25/05/2004), para. 109 e 196; Azurix Corp. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/01/12, Decisão Final (14/07/2006), para. 342; LG&E Energy Corp. and others c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/1, Decisão Final (03/10/2006), para. 46; e Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006), para. 446.

¹⁶⁵ LIM, C. L.; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. International investment Law and arbitration: Commentary, awards and other materials. Vambridge University Press, 2018. p. 263.

¹⁶⁶ O termo “*clusters* de princípios normativos” é desenvolvido por Kingsbury e Schill para explicar as categorias nas quais a cláusula TJE é decomposta atualmente. Tal termo já foi mencionado anteriormente na Introdução desta obra, página 10.

¹⁶⁷ KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stepahn W. Investor-state arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative Law. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 09-46, 2009. p. 16.

¹⁶⁸ SCHILL, Stepahn W. Fair and equitable treatment under investment treaties as na embodiment of the rule of Law. Transnational Dispute Management (TDM), v. 3, n. 5, 2006.

O excerto acima apresentado destaca a relevância que o elemento da razoabilidade e da proporcionalidade desempenha nos sistemas jurídicos de diversos países, tese esta que é defendida neste trabalho, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no que tange a esses dois elementos, salvaguarda suficiente para tutelar os interesses dos investidores estrangeiros, ainda que o Brasil não aceite negociar o padrão TJE em seus ACFIs.

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria da razoabilidade/proporcionalidade, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.2.1.2. A identificação da categoria da razoabilidade e da proporcionalidade no direito brasileiro por meio do princípio da proporcionalidade em sentido lato

O ordenamento nacional confere proteção similar à que é oferecida pelo TJE disposto em tratados bilaterais de investimentos e também de sua consequente interpretação pelos tribunais arbitrais.

Embora a Constituição Federal não disponha explicitamente sobre um princípio geral de proporcionalidade e razoabilidade¹⁶⁹, cumpre ressaltar que o princípio tem sido solidamente trabalhado nos tribunais nacionais.

Em nível constitucional, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo pode ser localizado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Tal dispositivo traz a previsão da não exclusão, pela lei, da atribuição do Poder Judiciário de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito.

Em sede administrativa, a Lei nº 9.784/99 também dispõe expressamente sobre o princípio da proporcionalidade. Assim o faz em seu artigo 2º, onde elenca uma série de princípios a serem observados pela Administração Pública, dentre os quais avulta o princípio da proporcionalidade.¹⁷⁰

¹⁶⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 470.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

Além desses diplomas normativos, é importante considerar a novel Lei nº 13.874/19, também chamada de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. A Declaração estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, tutelando os direitos de pessoas físicas e jurídicas em exercer atividade econômica no Brasil.

Dito isso, o artigo 3º, inciso XI, alínea “e” da lei¹⁷¹ veda a exigência desarrazoada, ou desproporcional, de compensações tidas como abusivas em sede de estudos de impacto ou demais atos estatais de cunho liberatório de atividade econômica.

No que tange às análises de impacto regulatório (artigo 5º da Lei nº 13.874/19), a referida lei também exige a verificação da razoabilidade de eventuais atos normativos, levando-se em conta as informações e dados levantados pela autoridade pública.

Em sede jurisprudencial, o STF já promoveu redução de pena multa processual com base no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, vez que se mostrava desequilibrada.¹⁷² Também já se manifestou no sentido de que exigências tributárias infundadas transgrediriam a razoabilidade e a proporcionalidade em razão de constituírem meio gravoso e indireto de coerção estatal sobre o contribuinte.¹⁷³

Também o STJ já se posicionou, em sede de recurso repetitivo, a respeito da garantia da razoabilidade/proporcionalidade, indicando que a capacidade legiferante do ente estatal encontra-se limitada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁷⁴

Da mesma maneira como na categoria das expectativas legítimas, compreende-se a possível não equivalência perfeita entre a categoria da razoabilidade/proporcionalidade e o princípio brasileiro da proporcionalidade,

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019, Seção 1 – Extra, nº 183-B, p. 1.

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1110171 AgR-ED/ES. EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento: 31/05/2019.

¹⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1145279 AgR/SC. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 01/03/2019.

¹⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1116792/PB. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Seção. Julgamento: 24/11/2010.

especialmente em razão de particularidades quanto à própria concepção dessas regras abstratas.

A doutrina pátria entende o princípio da proporcionalidade como estando implícito no ordenamento jurídico brasileiro, inferido do texto constitucional, podendo ser ligado ao princípio do Estado Democrático de Direito, e aos artigos 5º (direitos e garantias fundamentais), 36 (intervenção da União nos Estados e Distrito Federal), 37 (princípios da Administração Pública), 71 (controle externo), 170 (princípios gerais da atividade econômica), dentre outros.¹⁷⁵

Ainda, a doutrina compreende o princípio da proporcionalidade como verdadeiro vetor de proteção do indivíduo¹⁷⁶ contra medidas desproporcionais por parte do Estado. Dessa forma, entende-se que a violação do princípio da proporcionalidade poderia estar consubstanciada tanto numa norma jurídica, quanto na aplicação de uma norma jurídica hígida, mas que diante de sua aplicação a um caso concreto e específico, acabe por se matizar como desproporcional.¹⁷⁷

Outrossim, parcela da doutrina entende que o STF tem embasado o princípio da proporcionalidade, o qual o tribunal considera equivalente ao princípio da razoabilidade, na cláusula do devido processo legal substancial, inscrita no artigo 5º, inciso XXXIV da CF.¹⁷⁸

Neto e Sarmento afirmam que na doutrina brasileira tem havido debate quanto à existência de diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, enquanto a jurisprudência do STF tem tratado as expressões como sinônimas.^{179 180}

Em síntese, trata-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade de verdadeiro instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse

¹⁷⁵ BARROS, Wellington Pacheco, BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. A proporcionalidade como princípio de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54-56.

¹⁷⁶ *Rectius*, tanto pessoa física quanto jurídica.

¹⁷⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 472.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 470.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 485.

¹⁸⁰ É nesse sentido que esta pesquisa adotará ambos os princípios como equivalentes, embora existente relevante debate doutrinário.

público. Esse mister é alcançado mediante o papel do mencionado princípio como balizador da discricionariedade das condutas estatais e também como medida quanto à forma como determinada norma será interpretada no caso concreto.¹⁸¹

Isso pode levar, ocasionalmente, a uma limitação de uma paridade entre as searas internacional e nacional, inclusive quanto à intensidade de proteção dos princípios. Contudo, apesar de uma dita equivalência imperfeita, isso de modo algum afasta uma conclusão quanto à capacidade do ordenamento jurídico brasileiro proteger o investidor estrangeiro com base no princípio da proporcionalidade.

Desse modo, comprova-se a conexão dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade do direito nacional com a categoria TJE em nível internacional, já que o ordenamento pátrio é capaz de controlar intervenções estatais desarrazoadas sobre o investidor estrangeiro, nos termos da categoria TJE.

Por fim, A correspondência entre a categoria da razoabilidade a da proporcionalidade do Direito Internacional dos Investimentos e o princípio da proporcionalidade em sentido lato no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

Quadro 6

Correspondência entre Razoabilidade e Proporcionalidade e Princípio da Proporcionalidade em Sentido Lato

Espectro	Categoria da razoabilidade e da proporcionalidade	Princípio da proporcionalidade em sentido lato
Normativo (tratados, leis)	<ul style="list-style-type: none"> - Previsão em tratados de investimentos, em regra sob denominação “proporcionalidade” - BITs Albânia-Azerbaijão, Alemanha-Albânia, Croácia- 	<ul style="list-style-type: none"> - Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal - Artigo 2º da Lei nº 9.784/99 - Lei nº 13.874/19

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.

	Camboja, Camarões-Turquia, e Rússia-Suécia	
Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar medidas arbitrárias, desproporcionais, desarrazoadas - Casos TECMED, Oxus Gold, Occidental, MTD, Azurix, Saluka 	<ul style="list-style-type: none"> - Equivalência entre razoabilidade e proporcionalidade
Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Proporcionalidade como <i>cluster</i> de princípios normativos da cláusula TJE - Controle da interferência estatal sobre o investimento estrangeiro 	<ul style="list-style-type: none"> - Cláusula do devido processo legal substancial

Fonte: Elaborado pelo autor.

Feita a análise quanto à correspondência entre a categoria TJE da razoabilidade/proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito no Brasil, segue-se para a análise da categoria da não discriminação.

3.2.2. A categoria da não discriminação

Neste tópico avança-se na identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro por meio da análise da materialização da categoria da não discriminação no sistema jurídico do Brasil, o que se dá por meio do princípio da igualdade.

A categoria da não discriminação passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.2.2.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.2.2.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.2.1. A categoria da não discriminação no Direito Internacional dos Investimentos

A categoria da não discriminação¹⁸² é caracterizada pelos tribunais arbitrais como o direito que o investidor estrangeiro tem de não sofrer intervenções em seus direitos que não sejam impostas também a investidores nacionais, bem como não gozar de incentivos concedidos pelo país a suas empresas.

Os tratados bilaterais de proteção e promoção de investimentos via de regra não especificam o conteúdo do que seja a concessão de um tratamento não discriminatório ao investimento estrangeiro, restringindo-se a especificar apenas que ao investimento estrangeiro deve ser conferido um tratamento não discriminatório.^{183 184}

É nesse sentido que caminha o texto do tratado de investimentos celebrado entre os Estados Unidos e a Argentina¹⁸⁵, cujo texto resume-se apenas a fazer menção, no que concerne ao direito de expropriação de ativos, à obrigação de fazê-lo de uma forma não discriminatória (Artigo V(1)).

¹⁸² Cumpre alertar que para alguns doutrinadores a não discriminação constituiria um princípio singular, composto do tratamento da nação mais favorecida e do tratamento nacional, e pareado, no Direito dos Investimentos, com a cláusula do tratamento justo e equitativo (Cf. MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand, 2008. p. 95). Embora a doutrina que assim o estuda esteja correta, pois se trata sim de um princípio individual, não menos correto é a ligação do princípio da não discriminação com a cláusula TJE, o que permite analisá-lo como uma categoria do TJE, ponto de vista adotado neste trabalho (Cf. VANDEVELDE, Kenneth J. *A unified theory of fair and equitable treatment*. NYUJ International Law & Policy, v. 43, 2010. p. 63).

¹⁸³ Em levantamento feito pelo autor constatou-se a existência de 1.713 BITs, tanto vigentes quanto não vigentes ou finalizados, que contêm o princípio da transparência em seus textos. A metodologia valeu-se da ferramenta “Mapeamento de Conteúdo de IIAs”, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iialInnerMenu>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁸⁴ Uma observação metodológica, no entanto, se faz necessária. Com relação ao princípio em tela, o mecanismo de busca do *Investment Policy Hub* da UNCTAD traz uma mineração dos dados para a sentença “proibição de medidas desarrazoadas, arbitrárias ou discriminatórias”, pois os BITs trazem esses três termos (razoabilidade, arbitrariedade e discriminatório) previstos na mesma sentença, tanto que a quantidade de BITs contendo tal sentença é a mesma entre as categorias da razoabilidade e da não discriminação (1.713 tratados).

¹⁸⁵ TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA ARGENTINA CONCERNENTE À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>>. Acesso em: 7 abr. 2019

Ainda, a mesma generalidade é constatada no artigo V(3)¹⁸⁶ daquele acordo internacional, o qual afirma a obrigação das partes de manter, e aplicar, leis e regulamentos de um modo não discriminatório.

Outro exemplo de generalidade da categoria da não discriminação pode ser visualizado no artigo 3(3)¹⁸⁷ do Acordo entre Alemanha e Angola¹⁸⁸, o qual determina que as partes se abstenham de adotar medidas que imponham discriminação em relação à gestão dos investimentos de investidores da outra parte.¹⁸⁹

Quanto à abstração e generalidade que em regra soe ocorrer no tocante à categoria “não discriminação” do TJE, o tribunal CME c/ República Checa¹⁹⁰ reconheceu a indefinição desse conceito previsto de investimentos celebrado entre a Holanda e a República Checa.¹⁹¹

Com relação ao elemento da não discriminação, no caso Saluka c/ República Checa¹⁹², o tribunal arbitral afirmou que é sedimentado na lei que os Estados não são responsáveis pelo pagamento de compensações financeiras a investidores quando, atuando no exercício regular de seus direitos regulatórios,

¹⁸⁶ O Artigo V(3) assim dispõe: “Não obstante o disposto nos nºs 1 e 2, qualquer das Partes pode manter leis e regulamentos (a) exigindo relatórios de transferência de moeda; e (b) impor impostos sobre o rendimento, por meios como uma retenção na fonte aplicável aos dividendos ou outras transferências. Além disso, qualquer das Partes pode proteger os direitos dos credores ou garantir a satisfação de julgamentos em processos judiciais, por meio de aplicação equitativa, **não discriminatória** e de boa-fé de sua lei.” (grifei)

¹⁸⁷ O Artigo 3(3) dispõe “Artigo 3 Promoção e Protecção (*sic*) de Investimentos. [...] (3) Nenhuma das Partes Contratantes dificultará de forma alguma a gestão, a manutenção, o uso, o aproveitamento ou a disposição dos investimentos de investidores da outra Parte Contratante, no seu território, através de medidas arbitrárias ou **discriminatórias**. (grifei)

¹⁸⁸ ACORDO ENTRE A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E A REPÚBLICA DE ANGOLA SOBRE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/63>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹⁸⁹ Outros BITS também dispõem sobre a categoria do tratamento não discriminatório de forma geral em seus textos. Nesse sentido, Cf. Dinamarca-Chile – artigo 5; França-Colômbia – artigo 4(1)b; Finlândia-Índia – artigo 12(2); China-Alemanha – artigo 2(3).

¹⁹⁰ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 346.

¹⁹¹ ACORDO SOBRE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE O REINO DA HOLANDA E A REPÚBLICA FEDERAL CHECA E ESLOVACA. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁹² Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006), para. 255.

adotam regulações fundadas na boa-fé e que se constituam como não discriminatórias.

Ainda, aquele mesmo tribunal concluiu que ao investidor cujos interesses estão albergados pelo tratado será legítimo acreditar que o Estado não agirá de forma discriminatória, por exemplo, quando fundado em discriminações injustificadas.¹⁹³

No caso *Crystallex c/ Venezuela*¹⁹⁴, o tribunal afirmou que a cláusula TJE incluiria, dentre outros elementos, a proteção contra um tratamento discriminatório de alguma das partes.¹⁹⁵

Analizando a incidência da categoria da não discriminação ao caso concreto, no caso *Loewen c/ Estados Unidos*¹⁹⁶ o tribunal arbitral manifestou-se no sentido de que seria dever dos tribunais judiciais do Estado receptor dos investimentos proporcionar um julgamento isento e livre de discriminação contra o litigante estrangeiro.

Além disso, aquele tribunal asseverou que a lei internacional conferiria especial importância às violações de leis municipais fundadas em tratamento discriminatório, donde uma decisão estatal que violasse uma lei do município e fosse discriminatória aos interesses do investidor estrangeiro seria eivada de manifesta ilegalidade nos termos da legislação internacional.

Outros tribunais, posteriormente, seguiram o mesmo padrão dos anteriores quanto à concordância de que o tratamento não discriminatório é uma categoria da cláusula TJE.

¹⁹³ *Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa*, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006), para. 309.

¹⁹⁴ *Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICISD No ARB(AF)/11/2, Decisão Final (04/04/2016), para. 543.

¹⁹⁵ A identificação da categoria do tratamento não discriminatório como componente da cláusula TJE também foi afirmado por outros tribunais. Assim, *Cf. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil c/ Kazakhstan*, Caso ICSID No ARB/05/16, Decisão Final (29/07/2008), para. 609; *Lemire c/ Ucrânia*, Caso ICSID No ARB/06/18, Decisão sobre Jurisdição e Responsabilidade (14/01/2010), para. 284; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sayani A.S. c/ Paquistão*, Caso ICSID No ARB/03/29, Decisão Final (27/08/2009), para. 178; e

¹⁹⁶ *The Loewen Group Inc. c/ Estados Unidos da América*, Caso ICSID No ARB(AF)/98/3, Decisão Final (25/06/2003), para. 123 e 135.

No caso *Biwater Gauf c/ Tanzânia*¹⁹⁷ afirmou-se que o padrão TJE seria composto de certo número de componentes distintos, os quais foram elaborados e desenvolvidos em decisões antecedentes como resposta a situações específicas vivenciadas nas relações entre investidor estrangeiro e Estado, reconhecendo-se a existência do componente da não discriminação, o qual demandaria decisões isentas de qualquer caráter fundado em distinções injustificadas ou arbitrárias.¹⁹⁸

A literatura relacionada ao Direito dos Investimentos parte do pressuposto de que o conceito de legalidade constitui o cerne unificador por detrás da cláusula TJE, levando os tribunais a incorporar tanto princípios procedimentais quanto materiais ao padrão TJE; no que tange ao objeto material, incluir-se-ia aí a não discriminação.¹⁹⁹

Deve-se ressaltar que a categoria da não discriminação não acoberta toda e qualquer discriminação realizada pelo Estado, mas tão somente aquelas políticas discriminatórias que sejam consideradas desarrazoadas; dessa maneira, a nacionalidade não seria *per se* uma base discriminatória razoável.²⁰⁰

Scheuer *et. al.* sustentam que o princípio da não discriminação também pode ser compreendido como um aspecto do padrão geral TJE, o qual pode ser diferenciado das cláusulas NMF e tratamento nacional por ser aquele de aplicação incondicional, ao passo que as cláusulas NMF e tratamento nacional

¹⁹⁷ *Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia*, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008), para. 602.

¹⁹⁸ Em sentido parecido, o tribunal arbitral, julgando o caso *CME c/ República Checa*, chegou à conclusão de que este país violou o padrão TJE, mais precisamente na categoria da não discriminação, ao impor embaraço à continuidade de uma *joint venture* obrigatoriamente formada anteriormente, a qual se deu em função de uma discriminação original daquele país em relação ao investidor estrangeiro, exigindo que o mesmo constituísse dita forma jurídica para operar serviço de radiodifusão, sob a alegação de que para a concessão licença fazia-se necessária a participação de ao menos uma companhia checa. *Cf.* *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c/ República Checa*, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 102 e 611.

¹⁹⁹ LOPEZ ESCARCENA, Sebastian. *Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment*. Boston College Law Review, v. 59, p. 2685, 2018.

²⁰⁰ VANDELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *NYUJ International Law & Policy*, v. 43, 2010. p. 63 e 66.

demandam a existência de outros investidores para se ter uma base comparável.²⁰¹

Ainda de acordo com os autores acima, o padrão da não discriminação tem como objetivo assegurar a todos os investidores estrangeiros, e a seus investimentos, condições igualitárias àquelas conferidas a investidores nacionais.²⁰²

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria da não discriminação, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.2.2.2. A identificação da categoria da não discriminação no direito brasileiro por meio do princípio da igualdade

Por fim, no que se refere à categoria TJE consistente na não discriminação do investidor estrangeiro, embora o Brasil não aceite a cláusula do tratamento justo e equitativo, é possível identificar proteção jurídica de igual grau no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na Constituição da República, com base no princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º.²⁰³

Além da proteção lastreada no princípio da igualdade, pode-se citar também uma proteção calcada no princípio da não discriminação, inserto no artigo 3º, inciso IV, e no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.²⁰⁴

O artigo 3º, inciso IV da CF tutela o direito que todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, possuem, perante a ordem jurídica nacional, de não sofrer qualquer espécie de discriminação em relação a direitos seus, no qual se insere também os direitos dos investidores estrangeiros. A proteção deste artigo constitui verdadeiro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

²⁰¹ MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. The Oxford handbook of international investment law. Oxford University Press on Demand, 2008. p. 96.

²⁰² *Ibid.*, p. 95.

²⁰³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

²⁰⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**". O artigo 5º, inciso XLI da CF assim dispõe: "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (grifei)

Já o segundo preceito (artigo 5º, inciso XLI da CF), inserto no rol dos direitos e garantias fundamentais garantidos a todos que em território nacional estejam, é assegurado o *enforcement* da lei para fins de coibir qualquer discriminação que provoque lesão a direitos juridicamente tutelados pelo investidor estrangeiro.

No que tange à proteção conferida pelo Estado brasileiro ao migrante, o governo brasileiro aprovou a Lei nº 13.445/17²⁰⁵, denominada Lei de Migração. O artigo 3º, incisos IV e IX, traz extenso rol principiológico a salvaguardar o estrangeiro contra investidas do Estado, vedando a discriminação em razão dos critérios ou procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional e a garantia de tratamento igualitário perante os demais nacionais.

Embora a Lei de Migração se aplique diretamente à pessoa física, e não imediatamente à pessoa jurídica, não se pode olvidar que muitas vezes lesões perpetradas por Estados contra estrangeiros, mais especificamente sobre a empresa, muitas vezes pode repercutir negativamente sobre a pessoa do próprio estrangeiro. Nisso, constata-se que o Brasil possui legislação moderna, atualizada e conforme os ditames internacionais e de direitos humanos protetora do estrangeiro.

Em nível processual, o Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15) também prestigia a igualdade entre as partes. O artigo 139, no que concerne à condução do processo judicial, informa que o juiz deverá conduzi-lo de forma a assegurar uma igualdade de tratamento às partes litigantes.

O STF possui jurisprudência reconhecendo que o princípio da igualdade veda a instituição de tratamento privilegiado sem motivo razoável, como o que ocorre em proveito de quem não mais presta serviço à Administração Pública²⁰⁶, bem como obsta a adoção de medidas discriminatórias em sede tributária.²⁰⁷

²⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.447, de 24 de maio de 2017. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mai. 2017, Seção 1, p. 1.

²⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4169/RR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2018.

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2898/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/10/2018.

O STJ, por seu turno, em sede de recurso repetitivo, e também na seara tributária, já se posicionou permitindo a incidência de IPI na importação de veículo automotor por pessoa física ante igual exigência quando da aquisição de veículo nacional.²⁰⁸

Para a doutrina, a igualdade pode tanto funcionar como regra, vedando um tratamento discriminatório; como princípio, estabelecendo uma situação igualitária com uma finalidade a ser alcançada; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito com base em elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (concordância do critério em face da finalidade).²⁰⁹

O princípio da igualdade do mesmo modo informa que a lei não se presta a ser fonte de privilégios ou perseguições. Muito pelo contrário, deve a lei ser um instrumento regulador da vida social, tratando igualmente todos os cidadãos.²¹⁰

A doutrina também advoga que o princípio da igualdade é uma construção constitucional multifacetária²¹¹, no sentido de sua disseminação pelo texto da Constituição Federal. Ainda, a igualdade no Brasil é compreendida em duas vertentes axiológicas, quais sejam, “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”.

No caso do primeiro vetor (“igualdade na lei”), trata-se de um comando direcionado ao legislador, vedando-lhe a elaboração e aprovação de leis que maculem a igualdade entre aqueles que na República Federativa do Brasil residam e aqui transacionem.

Já em relação ao segundo vetor (“igualdade perante a lei”), o qual pressupõe uma lei já aprovada, está-se diante de um comando voltado aos aplicadores da norma jurídica, os quais não poderão fazê-la incidir

²⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1396488/SC. Relator: Min. Humberto Martins. Primeira Seção. Julgamento: 25/02/2015.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137.

²¹⁰ DE MELLO, Celso Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10.

²¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 395.

contrariamente aos ditames da igualdade, não podendo aquilatá-la de um tratamento seletivo ou discriminatório.²¹²

Em sede de direito processual, o princípio da igualdade é compreendido como uma igualdade perante a lei, sendo uma premissa para a igualdade perante o Estado-juiz.²¹³ Relaciona-se a uma garantia de igualdade de armas para as partes do processo, aparecendo, desta maneira, com bastante destaque na seara processual; a mais, é dever do Estado assegurar tratamento isonômico que venha a suprir eventuais desigualdades existentes entre as partes.²¹⁴

Da conjugação da análise da categoria da não discriminação abordada tanto nos tratados de proteção de investimentos quanto nas decisões dos tribunais e o princípio da igualdade e da não discriminação no Brasil, verifica-se a equivalência de nível protetivo conferido ao investidor.

Note-se que o alcance concedido à não discriminação pelos tribunais Crystallex (tratamento não discriminatório) e Loewen (julgamento isento) vão ao encontro da proteção outorgada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja no direito material (proteção calcada nos princípios da igualdade e da não discriminação) seja no direito processual (igualdade processual, no sentido de igualdade perante o Estado-juiz e de paridade de armas no processo judicial).

Dessa maneira, verifica-se a correspondência entre a categoria TJE da não discriminação e o princípio da igualdade. Tal conexão pode ser aferida diante da vedação de discriminação entre nacionais e estrangeiros constante tanto do padrão internacional quanto da norma nacional.

Ademais, a correlação entre ambos é atestada por meio da garantia de procedimentos formais e materiais capazes de promover a igualdade e, conseqüentemente, não discriminação, entre investidor nacional e investidor estrangeiro.

²¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.. p. 397.

²¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59.

²¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 40-43

Por fim, a correspondência entre a categoria da não discriminação e o princípio da igualdade no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

Quadro 7

Correspondência entre Não Discriminação e Princípio da Igualdade e da Não Discriminação

Espectro	Categoria da não discriminação	Princípio da igualdade e da não discriminação
Normativo (tratados, leis)	<ul style="list-style-type: none"> - Preveem tratamento não discriminatório - BIT EUA-Argentina, Alemanha-Angola, Dinamarca-Chile, França-Colômbia, Finlândia-Índia, China-Alemanha 	<ul style="list-style-type: none"> - Artigo 3º, IV da Constituição Federal - Artigo 5º, <i>caput</i> da Constituição Federal - Artigo 5º, XLI da Constituição Federal - Lei nº 13.105/15 - Lei nº 13.445/17
Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> - Vedação a discriminações injustificadas e arbitrárias - Casos CME, Saluka, Crystallex, Lowen, Biwater Gauff 	<ul style="list-style-type: none"> - Princípio da igualdade - Vedação de tratamento privilegiado sem motivo razoável - Vedação de medidas discriminatórios em sede tributária
Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Princípios procedimentais e materiais incluiriam a não discriminação - Tutela apenas discriminação desarrazoada - Equiparação dos investidores estrangeiros aos investidores nacionais 	<ul style="list-style-type: none"> - Tripla vertente: regra, princípio ou postulado - Não discriminação - Igualdade material e formal - “Igualdade na lei” e “igualdade perante a lei” - Igualdade judicial

Fonte: Elaborado pelo autor.

Feita a análise quanto à correspondência entre a categoria TJE da não discriminação e o princípio da igualdade no Brasil, segue-se para a análise da categoria da transparência.

3.2.3. A categoria da transparência

Neste tópico avança-se na identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro por meio da análise da materialização da categoria da transparência no sistema jurídico do Brasil, o que se dá por meio do princípio da publicidade.

A categoria da transparência passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.2.3.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.2.3.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.3.1. A categoria da transparência no Direito Internacional dos Investimentos

A categoria da transparência também já foi identificada pelos tribunais arbitrais como um componente da cláusula TJE, constituindo categoria que incide tanto sobre a lei do Estado receptor dos investimentos estrangeiros, quanto sobre as políticas públicas formuladas pelo Estado.²¹⁵

Enquanto em outras categorias um dos pontos sensíveis para a interpretação pelos tribunais arbitrais seja a carga de indeterminação dos conceitos, tal como o de expectativas legítimas, no caso da categoria da transparência os BITs que a mencionam muitas vezes trazem a enumeração das situações concretas que dariam azo à incidência deste elemento do TJE, no entanto, não especificam o nível de transparência a ser conferido pelo Estado receptor dos investimentos estrangeiros.²¹⁶

²¹⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. NYUJ International Law & Policy, v. 43, 2010. p. 84.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 83.

A categoria da transparência encontra-se prevista em alguns BITs²¹⁷, de forma menos espalhada do que outros padrões de tratamento de investimentos estrangeiros.²¹⁸

Embora com menor alcance, uma minoria de tratados explicitamente inclui a exigência de transparência no sentido de demandar que os Estados receptores de investimentos produzam regulações, leis e atos administrativos relevantes e prontamente disponíveis aos investidores, e poucos exigem uma consulta prévia aos investidores antes da implementação de medidas estatais relevantes.^{219 220}

O tratado entre Áustria e Armênia faz menção explícita à aplicação da transparência em seu artigo 4, exigindo a obrigatoriedade de publicação das leis, regulamentos e procedimentos, bem como dos acordos internacionais passíveis de afetar o investimento do investidor, a apresentação de respostas tempestivas sobre assuntos relacionados ao investimento, e a permissão de acesso a informações relativas aos interesses do investidor que de modo contrário poderiam prejudicar o direito deste de exercer seus direitos.²²¹

²¹⁷ Em levantamento feito pelo autor constatou-se a existência de 360 BITs, tanto vigentes quanto não vigentes ou finalizados, que contêm o princípio da transparência em seus textos. Ressalte-se que o filtro levou em consideração apenas a obrigatoriedade dessa categoria em face dos atos estatais, desconsiderando-se sua obrigatoriedade por parte do investidor. A metodologia valeu-se da ferramenta “Mapeamento de Conteúdo de IIAs”, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

²¹⁸ Interessante constatação diz respeito à mínima quantidade de tratados de investimentos com cláusula de transparência de dois importantes países europeus em termos de celebração de BITs. A França possui apenas 3 tratados com tal cláusula, enquanto a Alemanha apenas 1 tratado. Por outro lado, os Estados Unidos, outra nação com elevado número de BITs, possui 42 tratados com menção a tal categoria. Levantamento feito a partir da ferramenta “Mapeamento de Conteúdo de IIAs”, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

²¹⁹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Transparency: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

²²⁰ Cumpre mencionar que os ACFIs celebrados pelo Brasil contêm dispositivo com previsão quanto à transparência, como ocorre, por exemplo, com os ACFIs Brasil-Chile – artigo 9º, Brasil-Etiópia – artigo 9º e Brasil-México – artigo 8º.

²²¹ ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ARMÊNIA PARA A PROMOÇÃO E A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/130>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

De igual modo, o tratado entre Peru e Austrália²²², ainda que de forma mais tímida do que o BIT Áustria-Armênia, prevê a observância da transparência das leis, com o fito de promover a compreensão das leis que afetem os investimentos do investidor estrangeiro, tornando públicas e acessíveis referidas leis.²²³

Por outro lado, se alguns tratados são mais sintéticos e econômicos em relação à categoria correspondente à transparência, o mesmo não se pode dizer do tratado entre Estados Unidos e Uruguai²²⁴, o qual traz, em seu artigo 11, extenso rol de direito e deveres entre as partes, inclusive prevendo a designação de um ponto de contato para fins de facilitação da comunicação entre as partes.

O tratado traz ainda previsão quanto à necessidade de publicação de atos estatais, notificação e fornecimento de informações, procedimentos administrativos para fins de maior transparência e o estabelecimento de parâmetros para revisão e apelação.

Quando se analisa a jurisprudência arbitral, constata-se que os tribunais reconhecem o princípio da transparência como um dos componentes da cláusula TJE. Nesse passo, no caso *Deutsche Bank c/ Sri Lanka*²²⁵ aquele tribunal, assentindo ser o *standard* TJE ligado diretamente ao padrão mínimo de tratamento do costume internacional, admitiu ser informado por um dever de conduta transparente.

Em *Gold Reserve c/ Venezuela*²²⁶ o tribunal manifestou-se no sentido de que a cláusula TJE requer que a regulação do investimento estrangeiro se faça

²²² ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO PERU SOBRE A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/161>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

²²³ Outros BITs também dispõem sobre a categoria da transparência de forma geral em seus textos. Nesse sentido, Cf. Argélia-Finlândia – artigo 13(1 e 2), Austrália-Paquistão – artigo 6, Canadá-Egito – artigo XVI(1 e 2), China-Coreia do Sul – artigo 11(1 e 2) e República Dominicana-Panamá – artigo XI(1 e 2).

²²⁴ TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTO. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

²²⁵ *Deutsche Bank AG c/ República do Sri Lanka*, Caso ICSID No ARB/09/02, Decisão Final (31/10/2012), para. 419-420.

²²⁶ *Gold Reserve Inc. c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICSID No ARB(AF)/09/1, Decisão Final (22/09/2014), para. 570.

de uma maneira transparente, estando a importância de dita transparência refletida no artigo XV do BIT celebrado entre Canadá e Venezuela.

Em sentido igual, o tribunal arbitral, no caso PSEG c/ Turquia²²⁷, confirmou a existência de uma cumulativa falta de transparência que seria muito próxima, em termos de conteúdo, de uma negligência, resultando em abuso de poder regulatório por parte do Estado.²²⁸

Pode-se citar, ainda, o caso Metalclad c/ México, no qual o tribunal arbitral reconheceu a violação da cláusula TJE, em sua categoria “transparência”, pelo Estado mexicano, assim dispondo:

Metalclad teve a garantia dos representantes governamentais que a fez crer na garantia de poder continuar sua construção de seu aterro [...]

O México falhou em assegurar um arcabouço transparente e previsível para o plano de negócios e investimentos da Metaclad.²²⁹

Boa parte da literatura reconhece ser o princípio da transparência uma categoria do padrão TJE. Assim, nesse estágio do desenvolvimento do direito dos investimentos nota-se que o tratamento justo e equitativo foi expandido para abarcar noções relacionadas à transparência.²³⁰ Também já foi dito que o dever de transparência seria protegido ainda que não houvesse garantia expressa da cláusula TJE em determinado tratado de proteção de investimentos.²³¹

Além disso, uma nova tendência quanto à definição da cláusula TJE estaria emergindo, mais precisamente no escopo dos textos dos tratados de

²²⁷ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c/ República da Turquia, Caso ICISD No ARB/02/05, Decisão Final (19/01/2007), para. 174 e 228.

²²⁸ Outros tribunais pronunciaram-se sobre a violação do dever de transparência, Cf. Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICISD No ARB(AF)/11/2, Decisão Final (04/04/2016), para. 543, Emilio Agustín Maffezini c/ Reino da Espanha, Caso ICISD No ARB/97/7, Decisão Final (13/11/2000), para. 83, Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICISD No ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000), para. 70 e 99, Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICISD No ARB(AF)/00/3, Decisão Final (30/04/2004), para. 98, e Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICISD No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 154.

²²⁹ Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICISD No. ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000), para. 89 e 99.

²³⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The International Law on Foreign Investment. 4 ed. Cambridge University Press, 2017. p. 204.

²³¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008.

investimentos, nos quais se incluiria a transparência, a exemplo da previsão do artigo estaria surgindo X(9) do CETA.²³²

Outrossim, a transparência é um aspecto inerentemente ligado à proteção dos direitos e interesses dos investidores estrangeiros, constituindo o acesso à informação um meio necessário para o monitoramento do cumprimento, pelo Estado receptor dos investimentos, dos compromissos internacionais e nacionais para a proteção dos direitos dos investidores, bem como para assegurar um tratamento justo e equitativo aos mesmos.²³³ Desse modo, a ampla incidência da cláusula TJE revela seu aspecto protetivo dos investidores estrangeiros, passando os tribunais arbitrais a interpretá-la de forma ampla para incluir, dentre seus elementos, a obrigação do Estado de agir de uma maneira consistente e transparente.²³⁴

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria da transparência, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.2.3.2. A identificação da categoria da transparência no direito brasileiro por meio do princípio da publicidade

Inicialmente, a importância do princípio da transparência, com seu equivalente consubstanciado na publicidade, ressoa em todos os textos dos ACFIs assinados pelo Brasil. Assim, a nova modalidade de acordos de proteção de investimentos brasileiros prevê a transparência como vetor de obrigatoriedade de clareza dos atos estatais.

O ACFI Brasil-Moçambique²³⁵, primeiro ACFI celebrado pelo Brasil, trata do dever de transparência em seu artigo 13, *verbis*:

²³² BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WAIBEL, Michael. The political economy of the investment treaty regime. Oxford University Press, 2017. p. 28.

²³³ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Transparency: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

²³⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Fair and Equitable Treatment: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

²³⁵ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>. Acesso em: 17 out. 2019.

Artigo 13. Transparência. 1. Em consonância com os princípios deste Acordo, cada Parte deverá assegurar que todas as medidas que afetem os investimentos sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, em conformidade com seu ordenamento jurídico. 2. Cada Parte garantirá que suas **leis e regulamentos** relativos a qualquer assunto compreendido neste Acordo, **em especial em matéria de qualificação, licença e certificação, publiquem-se sem demora**, e, quando for possível, em formato eletrônico. 3. Cada Parte deverá empregar seus melhores esforços para **permitir oportunidade razoável aos interessados para que se manifestem sobre as medidas propostas**. 4. As Partes darão devida publicidade ao presente Acordo junto dos seus respectivos agentes financeiros, públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica de riscos e aprovação de financiamentos, créditos, garantias e seguros afins para investimentos destinados ao território da outra Parte. **(grifei)**

Nota-se do excerto acima que a transparência demanda pelos ACFIs engloba nível de publicidade coerente com aquele trazido nos BITs tradicionais, bem como nas decisões dos tribunais arbitrais. Dito de outro modo, para além do próprio ordenamento jurídico brasileiro já prever um amplo espectro de publicidade dos atos estatais, no caso particular da categoria da transparência ainda se tem sua previsão expressa nos textos dos ACFIs celebrados pelo Brasil, de modo a tutelar o investidor estrangeiro em seus direitos da forma mais ampla possível.

No que concerne à identificação da manifestação do princípio da transparência no ordenamento jurídico brasileiro, é possível reconhecer sua materialização no artigo 37 da Constituição Federal²³⁶, dispositivo enquadrado justamente no capítulo relacionado à Administração Pública brasileira.

Nos termos do dispositivo, cumpre à Administração Pública orientar suas ações de acordo com o princípio da publicidade, ou seja, deve o Poder Público dotar seus atos administrativos, e políticos, da maior transparência possível, para que os administrados possam ter conhecimento de decisões estatais que possam interferir em suas esferas de direitos juridicamente protegidos.

Ademais, encontra-se o princípio da publicidade também no artigo 93, incisos IX e X da Constituição. Tais comandos prescrevem o dever de o Poder Judiciário observar a publicidade tanto em seus julgamentos, e

²³⁶ Cf. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência [...] **(grifei)**

consequentemente em suas decisões, quanto nas decisões de cunho administrativo que venham a tomar.

Demais disso, no que concerne à Administração Pública em geral, a Lei nº 12.527/11²³⁷, alcunhada de Lei de Acesso à Informação, estabelece como diretriz para o Poder Público a observância da publicidade como regra geral. Desse modo, prestigia-se a máxima publicidade no trato entre a Administração Pública e os administrados, configurando o sigilo seria uma situação excepcional, a demandar uma argumentação devidamente embasada para tanto.

Processualmente, a publicidade também encontra guarida no atual Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 8º. O dispositivo prevê que o juiz deverá pautar sua atuação em diversos princípios, dentre os quais avulta o da publicidade.²³⁸

Nota-se a existência de equivalência entre o princípio da transparência, no sentido que lhe é conferido pelos tribunais arbitrais, e o princípio da publicidade insculpido na Constituição brasileira, vez que ambos buscam compelir o Estado a conferir ao interessado uma atuação a mais pública possível, para que este possa exercer seus direitos.

Ainda no caso do princípio da publicidade no ordenamento brasileiro, a proteção dos administrados teve ainda uma maior proteção com a edição da Lei nº 12.527, de 2011, denominada “Lei de Acesso à Informação”, a qual veio conferir concretude ao princípio da publicidade inscrito em nível constitucional. Para tanto, previu duas formas de manifestação da publicidade: (i) transparência ativa, por meio da qual as informações são transmitidas *ex officio* pela Administração, incluindo-se a referência a sítios eletrônicos; e (ii) transparência passiva, na qual se destaca o procedimento por meio do qual o administrado

²³⁷ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 nov. 2011, Seção 1 – Edição Extra, p. 1.

²³⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.

formula sua postulação à entidade detentora de determinada informação de seu interesse.²³⁹

O STF já se pronunciou sobre o princípio da publicidade como parâmetro dos atos estatais, firmando entendimento de que o poder público deve fiel respeito ao princípio da publicidade, para fins de cumprimento do direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral.²⁴⁰

Para a doutrina administrativista, a publicidade demanda que os atos administrativos tenham a mais ampla divulgação entre os administrados, possibilitando-lhes controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.²⁴¹

Trata-se de um princípio voltado ao direito de informação dos cidadãos²⁴² e ao dever de transparência do Estado, conectando-se diretamente com o princípio democrático. Nesse sentido, compreenderia duas acepções interpretativas: (i) direito à informação (e de acesso à mesma), e publicidade dos atos da Administração Pública.²⁴³

Além disso, a publicidade demanda que o Poder Público, justamente por se revestir de caráter público, aja de forma transparente, para que os administrados tenham conhecimento dos atos estatais. Ou seja, por meio dele vedam-se atos sigilosos por parte da Administração Pública.²⁴⁴

Em sede de direito processual, a publicidade também vem ao encontro do amparo dos investidores, sejam eles nacionais ou internacionais. Nesse sentido, a doutrina afirma, inclusive, ser o princípio da publicidade anterior ao próprio texto constitucional de 1988, encontrando assento no antigo Código de Processo

²³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 27.

²⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 865401/MG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/04/2018.

²⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 25.

²⁴² *Rectius*, tanto para cidadãos, compreendidos como pessoas físicas, quanto para pessoas jurídicas.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 861-862.

²⁴⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432.

Civil (Lei nº 5.869/73, artigo 155). Atualmente, o atual CPC também a prevê como princípio norteador dos processos judiciais (artigo 8º da Lei nº 13.105/15).²⁴⁵

Pode-se concluir por uma aproximação, ainda que não completa, entre a categoria da transparência no Direito Internacional dos Investimentos e o princípio da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois neste exige-se a mais ampla divulgação dos atos estatais para os administrados, no sentido de lhes permitir oferecer oposição àqueles atos que considerem como ilegais ou desproporcionais.

Nessa perspectiva, a correlação entre categoria TJE da transparência e o princípio da publicidade se faz notar na exigência em ambas as searas de uma atuação transparente e voltada à máxima publicidade por parte do Estado.

Além disso, a interpretação dos tribunais arbitrais no sentido de ampliar a interpretação do TJE no sentido de abarcar a transparência coaduna-se com a exigência do ordenamento jurídico brasileiro de exigir da Administração Pública a observância da transparência dos atos estatais, tornando os atos sigilosos a exceção à regra.

Por fim, a correspondência entre a categoria da transparência e o princípio da publicidade no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

²⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 76.

Quadro 8

Correspondência entre Transparência e Princípio da Publicidade

Espectro	Categoria da transparência	Princípio da publicidade
Normativo (tratados, leis)	<ul style="list-style-type: none"> - Previsão nos BIT - Em regra, trazem rol de situações aplicáveis - Tendência de inclusão em tratados de investimentos - BIT Áustria-Armênia, Peru-Austrália, EUA-Uruguai, Argélia-Finlândia, Austrália-Paquistão, Canadá-Egito, China-Coreia do Sul, República Dominicana-Panamá 	<ul style="list-style-type: none"> - Artigo 37 da Constituição Federal - Lei nº 12.527/11 - Lei nº 13.105/15 - ACFIs brasileiros (Moçambique, Angola, México, Maláui, Colômbia, Chile, Etiópia, Suriname, Emirados Árabes Unidos, Marrocos, Equador)
Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> - Dever de conduta transparente pelo Estado - Casos Deutsche Bank, Gold Reserve, PSEG, Metalclad 	<ul style="list-style-type: none"> - Princípio da publicidade como expressão do direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral
Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Ampliação do TJE para abarcar transparência - Acesso à informação como meio de monitoramento das ações estatais 	<ul style="list-style-type: none"> - Ampla publicidade - Dupla dimensão: (i) acesso à informação, e (ii) publicidade dos atos da Administração - Dever de transparência

Fonte: Elaborado pelo autor.

Feita a análise quanto à correspondência entre a categoria TJE da transparência e o princípio da publicidade, segue-se para a análise da categoria do devido processo legal.

3.2.4. A categoria do devido processo legal

Neste tópico avança-se na identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro por meio da análise da materialização da categoria do devido processo legal no sistema jurídico do Brasil, o que se dá por meio do princípio do devido processo legal brasileiro.

A categoria do devido processo legal passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.2.4.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.2.4.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.4.1. A categoria do devido processo legal no Direito Internacional dos Investimentos

No âmbito da jurisprudência arbitral internacional a categoria do devido processo legal está conectada à proibição de denegação de justiça.²⁴⁶ Espera-se que, por meio da exigência de observância do devido processo legal, os Estados respeitem suas próprias leis e regulamentos em face do investidor.²⁴⁷

Como categoria formadora do espectro protetivo da cláusula TJE, o devido processo legal é muito aplicado, tanto nos textos dos tratados de proteção de investimentos, quanto nas decisões arbitrais, para analisar processos expropriatórios levados a cabo pelo Estado receptor em face dos investimentos feitos por investidores estrangeiros.

No que tange aos BITs, os textos destes acordos costumam trazer a garantia de que o Estado conferirá ao investidor um processo escorreito, fundado em regras claras, prévias e imparciais.

²⁴⁶ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. NYUJ International Law & Policy, v. 43, 2010. p. 89.

²⁴⁷ MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in international investment law. Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita, v. 1, n. 1, p. 145, 2013. p. 156.

É nesse sentido que o acordo entre Malásia e Austrália²⁴⁸, acordo de livre comércio contendo disposições sobre proteção de investimentos, dispõe, em seu artigo 12.8(1)d que nenhuma das partes poderá expropriar ou nacionalizar um investimento, exceto se respeitado o devido processo legal.

O acordo entre Japão e Colômbia²⁴⁹ contém a “Nota 3” ao artigo 4(2), com função explicativa²⁵⁰, que trata do padrão mínimo de tratamento, na qual as partes contratantes expressamente reconhecem que a cláusula TJE inclui a obrigação de garantir acesso às cortes judiciais e administrativas dos Estados-partes, nos termos do princípio do devido processo legal.²⁵¹ Tal garantia também é conferida no Artigo 11(1) do tratado, no tópico sobre expropriação e compensação.

O acordo entre Nigéria e Marrocos²⁵² também dispõe, no artigo 8(1)d, sobre a proteção em caso de expropriação, seja ela direta ou indireta, fundada no respeito ao devido processo legal previsto na legislação dos países contratantes.²⁵³

Com relação à interpretação do princípio do devido processo legal como componente da cláusula TJE pelos tribunais arbitrais, no caso *Waste Management II c/ México*²⁵⁴, os árbitros reconheceram a ligação entre o padrão TJE e a necessidade de observância, pelo Estado receptor dos investimentos

²⁴⁸ ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO MALÁSIA-AUSTRÁLIA. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2634>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁴⁹ ACORDO ENTRE O JAPÃO E A REPÚBLICA DA COLÔMBIA PARA A LIBERALIZAÇÃO, PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/797>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁵⁰ O tribunal arbitral, no caso *Swisslion c/ Macedônia*, já reconheceu a existência de conteúdos mais específicos nos BITs, no sentido de que “Tratados bilaterais de investimentos normalmente contêm a obrigação de prover um tratamento justo e equitativo. Alguns tratados são mais específicos e incluem junto ao padrão TJE a obrigação de não denegar justiça e respeitar o princípio do devido processo legal”. Cf. *Swisslion DOO Skopje c/ Antiga República Iugoslava da Macedônia*, Caso ICSID No ARB/09/16, Decisão Final (06/07/2012), para. 262.

²⁵¹ A mesma vinculação entre cláusula TJE e devido processo legal é constatada em outros tratados. Cf. Marrocos-Nigéria – artigo 7(2)a; Estados Unidos-Uruguai - artigo 5(1)a; e Japão-Peru – artigo 5(2).

²⁵² ACORDO DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA ENTRE O GOVERNO DO REINO DO MARROCOS E O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERAL DA NIGÉRIA. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁵³ Outros tratados contam com previsão similar de respeito ao devido processo legal em processos relacionados a expropriação e compensação. Cf. Estados Unidos-Uruguai – artigo 6(1)d; Nigéria-Cingapura - artigo 5(1); Suécia-Vietnã – artigo 4(1)a; e Itália-Moldávia – artigo 5(1).

²⁵⁴ *Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso ICSID No ARB(AF)/00/3, Decisão Final (30/04/2004), para. 98.

estrangeiros, de uma conduta que não imponha prejuízo à propriedade do investidor, contemplando o respeito ao devido processo.

Em recente julgado pelo ICSID, caso Von Pedolzi c/ Zimbábue²⁵⁵, o tribunal decidiu prover as alegações da parte requerente no sentido de reconhecer violação da cláusula TJE quando evidenciada ação estatal na qual ausente o respeito ao devido processo legal.²⁵⁶

A doutrina também tem reconhecido o conceito do devido processo como categoria formadora do padrão TJE, apresentando-se tal conceito em duas formas: devido processo administrativo e devido processo judicial.²⁵⁷ Desse modo, a avaliação de um tribunal arbitral quanto à violação da cláusula TJE em seu elemento devido processo foca no “processo”, e não no resultado, dos procedimentos que venham a impor efeitos adversos sobre os interesses do investidor.²⁵⁸

Ademais, já se afirmou que essa ligação entre cláusula TJE e devido processo legal decorre de um direito consuetudinário de longa data, tratando-se, especificamente, de um devido processo administrativo e judicial.²⁵⁹

Conforme comentado em passagem anterior a respeito da ligação entre a categoria do devido processo e a vedação à denegação de justiça, tem-se que a recusa à justiça também tem se manifestado nas noções de devido processo, falta de transparência, ausência de boa-fé e violação de expectativas legítimas.²⁶⁰

²⁵⁵ Bernhard Friedrich Arns Rüdiger and others c/ República do Zimbábue, Caso ICSID ARB/10/15, Decisão Final (28/07/2015), para. 546.

²⁵⁶ No mesmo sentido caminham outros julgados arbitrais reconhecendo a ligação entre TJE e devido processo legal. Cf. The Loewen Group Inc. c/ Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB(AF)/98/3, Decisão Final (25/06/2003), para. 132; Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi c/ República do Egito, Caso ICSID No ARB/05/15, Decisão Final (01/06/2009), para. 450; e Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006), para. 308.

²⁵⁷ SCHILL, Stepahn W. Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, v. 3, n. 5, 2006. p. 18.

²⁵⁸ BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WAIBEL, Michael. *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press, 2017. p. 23.

²⁵⁹ KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stepahn W. *Investor-state arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative Law*. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 09-46, 2009. p. 13.

²⁶⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017. p. 358.

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria do devido processo legal, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.2.4.2. A identificação da categoria do devido processo legal no ordenamento brasileiro por meio do princípio do devido processo legal formal e material

Em relação à proteção no ordenamento jurídico equivalente à categoria do devido processo, o princípio do devido processo legal possui assento na Constituição Federal, mais precisamente nos incisos LIV e LV de seu artigo 5º²⁶¹, inscrito como verdadeiro direito fundamental.

O princípio do devido processo legal, com sede protetora primacialmente de ordem constitucional, encontra-se, desse modo, espalhado pelo texto da Constituição Federal. Isso se dá principalmente, e de modo mais sensível, nas garantias e direitos fundamentais relacionados à defesa do *status libertati* do cidadão e da admissão de provas em processo.

Ademais, pode-se vislumbrar sua incidência em sede processual, principalmente em sua acepção de devido processo formal (procedimental), por meio do qual se confere aos litigantes diversas garantias processuais.

Muito embora não tenha previsão explícita e disseminada pelo texto do atual CPC, à exceção do capítulo concernente à cooperação internacional²⁶², entende-se que o princípio do devido processo legal, de dimensão muito mais axiológica do que propriamente positivada, dissemina sua influência na condução de qualquer processo judicial.

Assim, o devido processo, na prática judicial brasileira, está a abranger uma série de direitos básicos da pessoa, seja física ou jurídica, quais sejam: (i) direito ao contraditório e à ampla defesa; (ii) direito ao juiz natural; (iii) direito a

²⁶¹ “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁶² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CAPÍTULO II - DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL - Seção I - Disposições Gerais - Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente. Seção III - Da Carta Rogatória - Art. 36. O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

não ser condenado com base em prova ilícita; e (iv) direito de não ser conduzido à prisão senão por decisão motivada emanada de autoridade competente.²⁶³

O STF já analisou o princípio do devido processo legal em caso de discussão quanto a percentual mínimo de aplicação de receita de impostos para manutenção do ensino²⁶⁴, assim como em caso referente a violação do processo devido em procedimento administrativo.²⁶⁵

No mesmo sentido, o STJ tutela os administrados e jurisdicionados com base no princípio do devido processo legal. O tribunal já se manifestou afirmando que o devido processo legal é corolário do Estado Democrático de Direito, permitindo uma conclusão justa e legítima do processo conduzido pelo ente estatal.²⁶⁶

Para a doutrina nacional, o princípio do devido processo legal na Constituição Federal hauriu inspiração da Carta Magna da Inglaterra, em 1215, estabelecendo-se que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem a observância do devido processo legal.^{267 268}

No mesmo sentido, genericamente o devido processo é compreendido pelo trinômio vida-liberdade-propriedade.²⁶⁹ O posicionamento da doutrina deixa clara a envergadura deste princípio sobre as esferas jurídicas mais importantes para um sociedade pautada no Estado Democrático de Direito, quais sejam, a proteção da vida, bem supremo de uma ordem jurídica; a liberdade, prestigiando-se o direito de ir e vir; e o direito de propriedade, verdadeiro direito fundamental.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 546.

²⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1823 AgR/RN. AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 17/05/2019.

²⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1011827 AgR/DF. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento: 29/04/2019.

²⁶⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 91474/RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento: 23/02/2010.

²⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432.

²⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2013. p. 437

²⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

Reconhece a doutrina como uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional brasileiro, assumindo uma importância mais relevante no âmbito das garantias do processo.²⁷⁰ Nisso, garante-se o “processo”, entendido não apenas como procedimento, mas sim a formas instrumentais adequadas para a satisfação dos direitos de cada um.²⁷¹

Em sede de direito processual, destaca a doutrina a vertente do devido processo legal formal ou procedimental, mediante o qual deve o devido processo, mais do que a observância em si das regras, mas, mais importante, gerar decisões jurídicas substancialmente devidas.²⁷²

Refere-se a um postulado dúplice, tanto formal quanto material. Compreendido como devido processo formal, tem-se seu sentido procedimental, por meio do qual se garante que o processo transcorrerá de forma a atender ao contraditório e a ampla defesa, tratando-se de um verdadeiro devido processo constitucional, em razão de abarcar a órbita não apenas da legalidade, mas da constitucionalidade.

Em sua acepção de devido processo substancial, encarta clara garantia material das normas previstas na Constituição, especialmente aquelas previstas como direitos e garantias da pessoa.²⁷³

Em resumo, o ordenamento jurídico, por meio de seus diversos diplomas asseguradores de um tratamento coerente com o contraditório e a ampla defesa acaba por prestigiar, ainda que implicitamente, a observância do devido processo formal.

Trata-se de importante postulado protetor dos interesses do investidor, o qual não se verá condenado e, a depender, desprovido de seus investimentos, sem o rito procedimental correto.

²⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 546.

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432.

²⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 49.

²⁷³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2013. p. 438-449.

A correspondência entre a categoria TJE do devido processo legal e o princípio do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro é atestada pela tutela dos interesses do investidor estrangeiro tanto na faceta procedimental do princípio quanto em sua vertente material.

Ademais, em ambas as dimensões (internacional e nacional) o fim último do devido processo legal é salvaguardar um dos direitos fundamentais da pessoa física e jurídica, que é o direito de propriedade.

Por fim, a correspondência entre a categoria do devido processo legal e o princípio do devido processo legal formal e material no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

Quadro 9

Correspondência entre Devido Processo Legal e Princípio do Devido Processo Legal Formal e Material

Espectro	Categoria do devido processo legal	Princípio do devido processo legal formal e material
Normativo (tratados, leis)	<ul style="list-style-type: none"> - Previsão em tratados - Processo com regras claras, prévias e imparciais - Em regra em temas de expropriação - BIT Malásia-Austrália, Japão-Colômbia, Nigéria-Marrocos, Marrocos-Nigéria, EUA-Uruguai, Japão-Peru 	<ul style="list-style-type: none"> - Artigo 5º, LIV da Constituição Federal → “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - Artigo 5º, LV da Constituição Federal → “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e

		recursos a ela inerentes”
Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> - Proibição de denegação de justiça - Casos Waste Management II, Von Pedolzi, Loewen, Siag, Saluka 	<ul style="list-style-type: none"> - Violação do devido processo legal em procedimento administrativo - Percentual mínimo de aplicação de receita de impostos em ensino - Corolário do Estado Democrático de Direito
Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Devido processo legal administrativo e devido processo legal judicial - Decorre de um direito consuetudinário de longa data 	<ul style="list-style-type: none"> - Uma das mais amplas garantias do direito brasileiro - Garantia dos instrumentos para satisfação de direitos

Fonte: Elaborado pelo autor.

Procedida a análise quanto à correspondência entre a categoria TJE do devido processo legal e o princípio do devido processo legal formal e material no Brasil, segue-se para a análise da categoria da boa-fé.

3.2.5. A categoria da boa-fé

Neste tópico avança-se na identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro por meio da análise da materialização da categoria da boa-fé no sistema jurídico do Brasil, o que se dá por meio da regra da boa-fé objetiva.

A categoria da boa-fé passa a ser decomposta em duas etapas de argumentação jurídica, (3.2.5.1.) por meio da análise da categoria TJE no Direito Internacional dos Investimentos e (3.2.5.2.) o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.5.1. A categoria da boa-fé no Direito Internacional dos Investimentos

Por fim, há que se mencionar ainda a categoria da boa-fé como elemento constituinte do TJE, a qual tem sido, embora ainda de forma tímida, discutida pelos tribunais arbitrais, donde se pode advogar pelo pertencimento da obrigação de boa-fé estatal como sendo um elemento da regra do direito.²⁷⁴

A maioria dos tratados de proteção de investimentos menciona a necessidade de observância da boa-fé em assuntos relacionados a transferências de valores e requisitos procedimentais, não se encontrando menções explícitas à aplicação desse padrão no âmbito específico do TJE.²⁷⁵

Dada essa peculiaridade em relação ao padrão da boa-fé, coube quase que exclusivamente aos tribunais arbitrais a definição quanto à necessidade dos Estados receptores de investimentos de conferir um tratamento aos investidores consentâneo com a boa-fé.

Dessa forma, no caso *Devas c/ Índia*²⁷⁶ o tribunal arbitral mencionou que a obrigação de conformidade à boa-fé estaria encartada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não obstante, asseverou que a regra da boa-fé não é autossuficiente, derivando também da cláusula TJE.

No caso *Tecmed c/ México*²⁷⁷ aquele tribunal também se posicionou no sentido de reconhecer que a cláusula TJE inserta no tratado entre México e Espanha seria uma expressão do princípio *bona fide*²⁷⁸ reconhecido pelo direito internacional, ou seja, reconhece-se a ligação entre o TJE e a boa-fé²⁷⁹. Além

²⁷⁴ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. NYUJ International Law & Policy, v. 43, 2010. p. 96-97.

²⁷⁵ Nesse sentido, Cf. acordo China-Coreia do Sul – Anexo 9-A, item 4(a); acordo Canadá-Burkina Faso – artigo 11(3); acordo Austrália-Japão – artigo 14.7(2); acordo Albânia-Arzerbaijão – artigo 7(3); acordo Índia-Emirados Árabes Unidos – artigo 12; dentre outros.

²⁷⁶ CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telecom Devas Mauritius Limited c/ República da Índia, Caso UNCITRAL No 2013-09, Decisão de Jurisdição e Mérito (25/07/2016), para. 467.

²⁷⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 153.

²⁷⁸ Mais precisamente do latim “bona fides”, significando “boa-fé”.

²⁷⁹ O reconhecimento da regra da boa-fé como componente da cláusula TJE se deu em outros tribunais arbitrais. Cf. Siemens A.G. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/8, Decisão de Mérito (06/02/2007), para. 308; Sempra Energy International c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/16,

disso, o tribunal se posicionou no sentido de que a má-fé não seria condição *sine qua non* para a configuração de uma violação à cláusula TJE.

No que tange à desnecessidade de verificação no caso concreto de uma má-fé por parte do Estado, o tribunal arbitral, no caso *Mondev c/ Estados Unidos*²⁸⁰, concluiu que o Estado receptor de investimentos pode tratar o investimento estrangeiro de forma injusta e desigual ainda que não necessariamente agindo de má-fé.²⁸¹

A doutrina afirma que o princípio da boa-fé requer que os direitos de cada parte seja exercido de forma honesta e leal.²⁸² Ademais, a boa-fé constituiria princípio cuja fundação estaria relacionada com o direito internacional, mais precisamente com o Direito Internacional dos Investimentos.²⁸³

Feita a explanação doutrinária e arbitral da categoria da boa-fé, passa-se ao seu reflexo no ordenamento nacional.

3.2.5.2. A identificação da categoria da boa-fé no ordenamento brasileiro por meio da regra da boa-fé objetiva

Quando se analisa o ordenamento jurídico pátrio, pode-se constatar a existência da boa-fé, apresentando-se como uma regra de conduta. Trata-se, pois, de uma conduta que deve ser adotada pelas partes em suas relações, pautada na confiança e na lealdade, traduzindo verdadeiro equilíbrio.²⁸⁴

Decisão Final (28/09/2007), para. 297; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c/ República do Egito*, Caso ICSID No ARB/05/15, Decisão Final (01/06/2009), para. 450; e *TECO Guatemala Holdings LLC c/ República da Guatemala*, Caso ICSID No ARB/10/17, Decisão Final (19/12/2013), para. 456.

²⁸⁰ *Mondev International Ltd. c/ Estados Unidos da América*, Caso ICSID No ARB(AF)/99/2, Decisão Final (11/10/2002), para. 116.

²⁸¹ O mesmo se verifica em outros laudos arbitrais, *cf.* *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 280; e *El Paso Energy International Company c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 357.

²⁸² MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand, 2008. p. 492)

²⁸³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008. p. 144.

²⁸⁴ DE MEDEIROS NETO, Elias Marques; SORRILHA, Rubia Cristina. O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro: Um breve estudo no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 18, n. 1, 2017.

Refere-se a uma regra que emana da Constituição Federal, tendo previsão expressa em nível infraconstitucional no artigo 422 do Código Civil²⁸⁵. O referido normativo indica que os contratantes deverão guardar, seja no período de execução, seja no de conclusão do contrato, observância ao princípio da boa-fé.

Ademais, em sede de direito processual, o novo Código de Processo Civil²⁸⁶ também traz a boa-fé como vetor a guiar a relação entre as partes no processo judicial, bem como os procedimentos em geral.

Já no capítulo que trata das normas fundamentais do processo, o legislador pátrio já fez prever o dever de boa-fé para todos aqueles que participam da relação processual, o que inclui, seguramente, o Poder Público, na pessoa da Fazenda Pública, quando atua judicialmente.²⁸⁷

Em sede de direito administrativo, a Lei nº 9.784/99²⁸⁸, no parágrafo único do artigo 2º²⁸⁹, prevê a obrigatoriedade da observância dos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé nos processos administrativos, o que decerto obriga a própria Administração Pública quanto a sua observância.

Também insere como deveres do administrado que este proceda de acordo com a boa-fé, o que nitidamente tem reflexos na sua interação com outros administrados e com a própria Administração Pública.²⁹⁰

Outro importante diploma normativo recentemente publicado no ordenamento jurídico brasileiro a salvaguardar os interesses do estrangeiro com

²⁸⁵ Código Civil. Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.

²⁸⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CAPÍTULO I - DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL - Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

²⁸⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

²⁸⁹ LEI Nº 9.784/99. Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

²⁹⁰ LEI Nº 9.784/99. Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé.

base no postulado da boa-fé é a Lei nº 13.874/19²⁹¹, nominada como Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Seus dispositivos caminham no sentido de dotar a relação entre a Administração Pública e os administrados da obrigatoriedade de se portarem conforme os ditames da boa-fé, assim como também servirá o postulado da boa-fé como vetor interpretativo da referida Lei.²⁹²

O STF, ao analisar caso de recebimento de vantagem remuneratória recebida de boa-fé e por significativo lapso temporal, decidiu valer-se do referido princípio para salvaguardar e tutelar situação jurídica já devidamente consolidada perante o Direito.²⁹³

O STJ, tratando de atos processuais, manifestou-se na direção de que o princípio da boa-fé exige lealdade a ser observada por todos os agentes processuais.²⁹⁴

A doutrina de direito civil brasileira assevera que o diploma civilista brasileiro salvaguarda os direitos contratuais das partes com base na boa-fé objetiva, a qual impõe às partes, em uma relação negocial, um agir leal e

²⁹¹ BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019, Seção 1 – Extra, nº 183-B, p. 1.

²⁹² Lei nº 13.874/19. Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do [inciso IV do caput do art. 1º](#), do [parágrafo único do art. 170](#) e do [caput do art. 174 da Constituição Federal](#). § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da **boa-fé** e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: II - a **boa-fé** do particular perante o poder público.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do [art. 170 da Constituição Federal](#): V - gozar de **presunção de boa-fé** nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário. (grifei)

²⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4884 ED/RS. EMB.DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgamento: 20/09/2018.

²⁹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1382353/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgamento: 07/05/2019.

cooperativo, abstendo-se de condutas que frustrem as expectativas legítimas da parte contrária.²⁹⁵

O mesmo sucede em sede de direito processual civil, dado que a processualística civil demanda que as partes do processo comportem-se de acordo com a boa-fé, entendendo-se esta como verdadeira norma de conduta (boa-fé objetiva).²⁹⁶ Desse modo, a lei processual não tolera comportamentos de má-fé e os coíbe em prol da lealdade processual entre as partes.²⁹⁷

Portanto, a análise empreendida neste capítulo permitiu identificar a presença da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro por meio do reconhecimento das categorias do tratamento justo e equitativo.

Assim, a ordem jurídica nacional possui regras e princípios com densidade normativa similar à dos elementos TJE, o que legitima um posicionamento brasileiro de ressalva à negociação dessa cláusula, vez que o Brasil é capaz de oferecer uma proteção ao investidor na mesma intensidade daquela cláusula, ainda que não diretamente por meio de sua previsão nos tratados de investimentos.

Desse modo, torna-se clara a correspondência entre categoria TJE da boa-fé e a regra da boa-fé objetiva constante do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na exigência de um dever de lealdade entre as partes.

Concretamente, tal exigência se verificaria no dever dos agentes do Estado de tratar adotar atos estatais calcados na boa-fé, ou seja, despidos de qualquer intenção prejudicial dos interesses dos estrangeiros.

Por fim, a correspondência entre a categoria da boa-fé e o princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro pode ser ilustrada no quadro abaixo.

²⁹⁵ DE FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 136.

²⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 66.

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 31.

Quadro 10

Correspondência entre Boa-fé e Princípio da Boa-fé Objetiva

Espectro	Categoria da boa-fé	Regra da boa-fé objetiva
Normativo (tratados, leis)	<ul style="list-style-type: none"> - Previsão para assuntos de transferências de valores e requisitos procedimentais - BIT China-Coreia do Sul, Canadá-Burkina Faso, Austrália-Japão, Albânia-Arzerbaijão, Índia-Emirados Árabes Unidos 	<ul style="list-style-type: none"> - Artigo 422 do Código Civil - Lei nº 13.105/15 - Lei nº 9.784/99 - Lei nº 13.874/19
Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> - Regra da boa-fé não é autossuficiente, demandando integração com a cláusula TJE - Expressão do princípio <i>bona fide</i> - Casos Devas, Tecmed, Mondev, Siemens, Sempra Energy, Siag, Teco 	<ul style="list-style-type: none"> - Boa-fé como amparo para tutela de situação jurídica já consolidada temporalmente - Boa-fé demanda lealdade em atos processuais praticados por agentes estatais
Doutrinário	<ul style="list-style-type: none"> - Requer exercício dos direitos de forma honesta e leal - Princípio com fundamento no Direito Internacional dos Investimentos 	<ul style="list-style-type: none"> - Regra de conduta - Confiança e lealdade - Equilíbrio

Fonte: Elaborado pelo autor.

Diante da análise empreendida neste capítulo, pode-se concluir pela correspondência entre a cláusula TJE, mediante análise específica de algumas de suas categorias, e o ordenamento jurídico brasileiro.

Confirmou-se nesta seção do trabalho a correlação existente entre a categoria das expectativas legítimas, tida como elemento nuclear da cláusula TJE e o princípio da proteção da confiança.

Ademais, atestou-se também a ligação entre a categoria da proporcionalidade/razoabilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido lato constante do sistema brasileiro. Confirmou-se ainda a correlação existente entre a categoria TJE da não discriminação e o princípio brasileiro da igualdade, assim como entre a categoria da transparência e seu correspondente princípio da publicidade no direito brasileiro.

Por fim, comprovou-se a existência da manifestação da cláusula TJE no Brasil mediante a correspondência entre a categoria do devido processo legal e o princípio do devido processo legal formal e material, e ainda entre a categoria da boa-fé e a regra brasileira da boa-fé objetiva.

Concluindo-se, uma vez constatada a identificação da cláusula TJE no ordenamento jurídico brasileiro em um nível abstrato, passa-se no Capítulo 4 à análise dos instrumentos capazes de assegurar em nível concreto os direitos dos investidores estrangeiros, o que é feito por meio da estrutura institucional prevista nos ACIFs.

CAPÍTULO 4: O PAPEL DA GOVERNANÇA INSTITUCIONAL DOS ACFIs PARA A CORRESPONDÊNCIA ENTRE O TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O arcabouço institucional dos ACFIs busca proporcionar uma gestão permanente e contínua do acordo. Isso é possível por meio de um diálogo fluido entre as autoridades governamentais visando à antecipação ao surgimento do conflito, ou, se impossível a atuação prévia, a resolução do mesmo.

No presente capítulo será analisado o papel desempenhado por dois institutos de governança previstos nos ACFIs que viabilizam a concretização da correspondência entre a cláusula do tratamento justo e equitativo e o sistema jurídico nacional. Trata-se do Comitê Conjunto e do Ponto Focal Nacional.

O contencioso envolvendo a cláusula do tratamento justo e equitativo movimenta os tribunais arbitrais responsáveis pelo julgamento de casos entre investidores e Estados, processos que muitas vezes geram externalidades negativas para as partes e, além disso, envolvem elevadas somas de recursos para a movimentação de todo esse aparato extrajudicial.²⁹⁸

Desse modo, a filosofia de solução prévia de conflitos prevista pelos ACFIs representa uma visão mais atenta à solução amigável entre as partes. Mediante a troca de informações sobre oportunidades de investimentos e legislação nacional.²⁹⁹ Esse papel será realizado por ambas instâncias mediante

²⁹⁸ A título de exemplificação, a plataforma *Investment Policy Hub*, da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), informa a existência de 483 casos nos quais a parte alegou a violação da cláusula TJE, de um total de 583 violações alegadas. Diante desses números, constata-se que os casos arbitrais nos quais a cláusula TJE foi alegada representam aproximadamente 83% (oitenta e três por cento) dos casos. A metodologia para se chegar a tais números levou em conta os seguintes parâmetros: Site Investment Policy Hub → Aba “Investment Dispute Settlement Navigator” → filtro “Breaches” → “Breaches of IIA provisionas allleged” → “Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims”. Cf. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Acesso em: 02 abr. 2020.

²⁹⁹ MOROSINI, Fabio Costa; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. Revista de direito internacional. Brasília: UniCEUB, 2015. Vol. 12, n. 2 (2015), p. 421-447, 2015.

recurso aos dispositivos previstos no direito brasileiro, buscando-se aqueles que ofereçam um nível de proteção correspondente ao do TJE.

Dada a importância da categoria das expectativas legítimas na aplicação do tratamento justo e equitativo, e diante da identificação do princípio da proteção da confiança no direito pátrio, este princípio pode servir como postulado-orientador dos trabalhos do Comitê Conjunto e do Ponto Focal Nacional.

Além disso, os demais princípios/regras identificados também terão seu papel de exegese para a orientação dos investidores e também das autoridades dos países envolvidos. Nesse diapasão, o recurso aos princípios da proporcionalidade, igualdade, publicidade, devido processo e boa-fé funcionará para a consolidação da correspondência entre TJE e direito nacional.

Ante o exposto, a estrutura institucional dos ACFIs conta com (4.1.) o Comitê Conjunto como “coordenador de diálogo” viabilizador da correspondência do TJE com o ordenamento nacional, e com (4.2.) o Ponto Focal Nacional, um “facilitador de diálogo” para a correspondência entre o padrão TJE e o sistema jurídico brasileiro.

4.1. A função de “coordenador de diálogo”³⁰⁰ do Comitê Conjunto como forma de confirmação da correspondência entre o TJE e o ordenamento jurídico brasileiro

A previsão de um Comitê Conjunto como “coordenador de diálogo” possibilita que essa instância de governança institucional atue como um espaço de reforço da correspondência entre a cláusula TJE e o direito brasileiro. Esse resultado será possível em razão de seu papel de monitoramento da implementação e da execução do ACFI.

A prática arbitral dos últimos anos tem revelado uma elevada litigiosidade derivada do desrespeito à cláusula do tratamento justo e equitativo. Conforme já

³⁰⁰ O termo “coordenador de diálogo” dado ao Comitê Conjunto foi cunhado por Nitish Monebhurrin. Para tanto, cf. MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2017.

afirmado, a maior parte das violações alegadas por investidores têm relação com a cláusula TJE.

Em outros termos, o que se percebe é a existência de divergências entre Estado e investidor, diferenças que muitas vezes poderia ser evitada por meio de um diálogo, ou uma mera troca de informações, entre esses atores. No entanto, isso demandaria uma estrutura institucional dialógica, justamente o que os ACFIs brasileiros oferecem.

Esse cenário de elevada litigiosidade decorre provavelmente da ausência de instrumentos de governança institucional nos tradicionais tratados de proteção de investimentos, os quais carecem de mecanismos voltados à solução prévia à emergência de um conflito.

Levando-se em conta a ausência de previsão de instrumentos de composição nos tratados de investimentos tradicionais, tem-se um estímulo, ainda que indireto, para que o investidor acione o Estado receptor diante de um tribunal arbitral, não se exigindo uma tentativa prévia de conciliação entre as partes.

Diante dessa conjuntura, os ACFIs, ao fomentarem a resolução amigável por meio de institutos de governança como o Comitê Conjunto, possibilita ao investidor um canal de diálogo para o acompanhamento de seu investimento ao longo da duração do contrato celebrado com o Brasil.

Esse acompanhamento pelo Comitê Conjunto tem previsão legal nos textos dos ACFIs, os quais estabelecem que ao Comitê será destinada a função de monitorar a implementação e execução do acordo.

Exemplificativamente, o ACFI Brasil-Moçambique³⁰¹ traz essa previsão em seu artigo 4(4)(i). Os demais ACFIs celebrados pelo Brasil até o momento trazem a mesma atribuição do Comitê Conjunto, sendo que nos mais recentes,

³⁰¹ Artigo 4 - Comitê Conjunto - 4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências: i. monitorar a implementação e execução deste Acordo. Cf. ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>. Acesso em: 02 abr. 2020.

o ACFI Brasil-Equador³⁰² a prevê no artigo 18(4)(a) e o ACFI Brasil-Índia³⁰³ em seu artigo 13(4)(a).

Embora o Brasil não aceite a cláusula TJE em seus ACFIs, a própria atribuição de coordenador de diálogo do Comitê Conjunto promoverá, com base nos dispositivos legais do direito brasileiro, a concessão de um tratamento ao investidor estrangeiro nos mesmos moldes da cláusula do direito dos investimentos.

Dessa maneira, o acompanhamento da situação do investimento por uma instância governamental confere um tratamento especial ao investidor estrangeiro, concedendo-lhe um tratamento justo e equitativo, já que potencializa a diminuição de eventuais surpresas regulatórias por parte do Estado.

No que concerne particularmente à categoria TJE das expectativas legítimas, pedra angular da cláusula TJE, a competência do Comitê Conjunto para o monitoramento da execução do tratado desempenha o papel de garantia de que as expectativas legítimas sejam observadas nas relações do investidor com o Estado brasileiro.

Isso porque a atuação de monitoramento do Comitê Conjunto estabelece um diálogo investidor-Estado, o que promove o respeito às expectativas geradas no investidor quando da pactuação do investimento, que é, o de ter seu investimento tratado de uma forma justa e sem surpresa.

Esse monitoramento permanente permite ao governo brasileiro acompanhar o surgimento de ruídos ocasionais na relação entre o investidor e o país, possibilitando ao Comitê agir tempestivamente dentro da filosofia de prevenção de conflitos que permeia os ACFIs.

³⁰² Artigo 18 – Comitê Conjunto para a Administração do Acordo - 4. O Comitê Conjunto terá as seguintes funções e responsabilidades: (a) monitorar a implementação e execução deste Acordo. Cf. ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO EQUADOR. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5888/download>. Acesso em: 03 abr. 2020.

³⁰³ Artigo 13 - Comitê Conjunto para a Administração do Acordo - 13.4 O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências: a) supervisionar a implementação e a execução deste Acordo. Cf. ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DA ÍNDIA. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>. Acesso em: 02 abr. 2020.

Essa observância das expectativas legítimas do investidor possibilitada pelo Comitê Conjunto será alcançada por meio do recurso ao princípio da proteção da confiança legítima, também uma pedra angular do Estado de Direito no Brasil.

Dito de outro modo, o Comitê Conjunto garantirá ao investidor estrangeiro o respeito à segurança jurídica, vetor axiológico importante a qualquer Estado que se designe de direito.

Ademais, o papel do Comitê Conjunto como instância ratificadora da existência de um tratamento justo e equitativo no Brasil é desempenhado por meio da transparência conferida aos atos estatais.

Cumpre ressaltar que os ACFIs trazem capítulo específico disciplinando a transparência, cujo objetivo é dotar os investimentos da maior previsibilidade e segurança jurídica possível.

O primeiro ACFI celebrado pelo Brasil (ACFI Brasil-Moçambique) traz previsão de transparência, a qual é repetida nos demais acordos³⁰⁴ firmados posteriormente. Seu artigo 13 assim dispõe:

Artigo 13 - Transparência

1. Em consonância com os princípios deste Acordo, cada Parte deverá assegurar que todas as medidas que afetem os investimentos sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, em conformidade com seu ordenamento jurídico.
2. Cada Parte garantirá que suas leis e regulamentos relativos a qualquer assunto compreendido neste Acordo, em especial em matéria de qualificação, licença e certificação, **publiquem-se sem demora**, e, quando for possível, em formato eletrônico.
3. Cada Parte deverá empregar seus melhores esforços para permitir **oportunidade razoável aos interessados para que se manifestem sobre as medidas propostas**.
4. As Partes darão **devida publicidade ao presente Acordo junto dos seus respectivos agentes financeiros, públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica de riscos e aprovação de financiamentos, créditos, garantias e seguros** afins para investimentos destinados ao território da outra Parte. **(grifei)**

³⁰⁴ A transparência encontra previsão em todos os ACFIs assinados até o momento pelo Brasil: ACFI Brasil-Angola (artigo 13); ACFI Brasil-México (artigo 8); ACFI Brasil-Maláui (artigo 11); ACFI Brasil-Colômbia (artigo 8º); ACFI Brasil-Chile (artigo 9º); ACFI Brasil-Etiópia (artigo 9); ACFI Brasil-Suriname (artigo 9); ACFI Brasil-Guiana (artigo 9); ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos (artigo 9); ACFI Brasil-Marrocos (artigo 8º); ACFI Brasil-Ecuador (artigo 9); e ACFI Brasil-Índia (artigo 8).

Pode-se inferir dos dispositivos dos ACFIs que tratam da transparência que esse postulado está intimamente ligado a uma obrigatoriedade de publicidade dos atos que venham a afetar os investimentos dos investidores, inclusive prevendo que se lhes franqueie a oportunidade para se manifestarem sobre os mesmos.

Trata-se de importante salvaguarda a ser desempenhada pelo Comitê Conjunto uma vez que a análise dos laudos arbitrais permite a constatação de que em muitos casos a violação da cláusula TJE ocorre em razão da falta de transparência por parte do Estado.³⁰⁵

Conforme já analisado neste trabalho, a categoria TJE da transparência demanda do Estado a adoção de um dever de conduta transparente perante o investidor estrangeiro, no sentido da concessão de acesso a informações estatais que permitam a esse investidor monitorar e controlar ações do Estado que possam interferir em sua esfera jurídica.

Ou seja, a categoria da transparência tutela o direito do investidor estrangeiro de conhecer os atos do Estado que venham a interferir nos seus interesses. Trata-se, neste sentido, de uma obrigatoriedade de publicidade por parte do Estado em relação aos seus atos administrativos e atos normativos.

Semelhantemente, pode-se localizar no ordenamento jurídico nacional a existência do princípio da publicidade. O mesmo encontra previsão tanto em nível constitucional quanto legal, representando verdadeiro direito fundamental de acesso à informação de interesse do investidor.

Esse princípio manifesta-se na ordem nacional com uma dupla dimensão protetora, quais sejam: (i) uma dimensão de direito de acesso à informação; e (ii) uma dimensão de obrigação de publicidade dos atos da Administração Pública.

³⁰⁵ Cf. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003), para. 164; PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c/ República da Turquia, Caso ICISD No ARB/02/05, Decisão Final (19/01/2007), para. 246; Deutsche Bank AG c/ República do Sri Lanka, Caso ICSID No ARB/09/02, Decisão Final (31/10/2012), para. 446-447.

Logo, o princípio brasileiro da publicidade prevê a publicidade de atos estatais como sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro, relegando-se à exceção os atos sigilosos.

Portanto, a atuação do Comitê Conjunto como instância dialógica facilita a circulação de investimentos e minimiza os riscos para o investidor por meio da publicação ou distribuição tempestiva de documentos ou permissões relevantes para a realização do investimento, bem como da diligência na resposta de dúvidas sobre assuntos técnicos.³⁰⁶

Para o atendimento desse objetivo seguramente o Comitê Conjunto deverá valer-se de princípios e regras relacionadas à transparência e à publicidade previstas no sistema jurídico brasileiro.

Essas regras possuem o mesmo sentido axiológico da categoria TJE da transparência, qual seja, dotar a relação do investidor com o Estado receptor da maior clareza possível.

Constata-se, pois, que a atuação do Comitê Conjunto funciona como expressão da correspondência entre a cláusula do tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro, neste caso manifestado particularmente nos princípios da transparência e da publicidade.

Nessa perspectiva, o investidor estrangeiro terá acesso a proteções jurídicas no Brasil similares àquelas previstas em tratados internacionais que contenham a cláusula TJE, ainda que esta cláusula não esteja presente no ACFI assinado com o país de sua nacionalidade.

Por fim, uma ressalva quanto à eficiência desse papel do Comitê Conjunto se faz necessária. Não obstante se reconheça esse papel ratificador do TJE a ser desempenhado pelo Comitê, há que se vislumbrar algumas limitações que lhe são intrínsecas, oriundas da forma como o Comitê venha eventualmente a ser estruturado.

³⁰⁶ MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2017.

Tendo em consideração que os textos dos ACFIs de forma generalista afirmam que o Comitê Conjunto será composto de representantes governamentais, pode-se aventar possíveis limitações na consecução do papel aqui analisado de instância ratificadora da correspondência entre TJE e direito interno.

Por exemplo, no caso dos Pontos de Contato Nacional da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os atos normativos a eles relacionados designam como seus membros servidores públicos responsáveis por outros assuntos que não especificamente aqueles relacionados aos ACFIs.

Tal quadro poderia conduzir a uma perda de eficiência na atuação por parte do Comitê Conjunto, uma vez que seus representantes não seriam especialistas em temas afetos diretamente a investimentos estrangeiros e, ainda pior, no auxílio ao investidor estrangeiro.

Superada essa análise quanto ao papel do Comitê Conjunto, passa-se a discorrer no tópico seguinte sobre outro mecanismo criado pelos ACFIs que, de igual modo, é capaz de promover a correspondência protetiva com o TJE. Trata-se do Ponto Focal, representado pelos *Ombudspersons* de cada país.

4.2. A atuação material de “facilitador de diálogo”³⁰⁷ do Ponto Focal Nacional para a confirmação da correspondência entre o TJE e o ordenamento jurídico brasileiro

Os ACFIs preveem ainda o Ponto Focal Nacional como instância de governança institucional. Sua atuação como “facilitador de diálogo” auxilia na construção da correspondência entre o TJE e o direito interno por meio da prestação de informações ao investidor estrangeiro sobre o direito local.

³⁰⁷ O termo “facilitador de diálogo” dado ao Comitê Conjunto foi cunhado por Nitish Monebhurrin. Para tanto, cf. MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2017.

Esse papel informativo atribuído ao Ponto Focal será viabilizado de forma concreta por meio dos institutos das consultas e dos questionamentos, os quais se encontram disciplinados no Decreto nº 8.863/16.

Desse modo, o arcabouço legal previsto nos textos dos ACFIs permite que o Brasil confira ao investidor estrangeiro um tratamento diferenciado, capaz de deixá-lo ciente de que seu investimento gozará no país de um tratamento conforme àquele do tratamento justo e equitativo.

Ilustrativamente, o primeiro ACFI celebrado pelo Brasil (ACFI Brasil-Moçambique)³⁰⁸ traz o rol de competências atribuídas ao Ponto Focal Nacional.³⁰⁹ Dispõe o artigo 5(4) do ACFI mencionado que:

4. O Ponto Focal terá, entre outras, as seguintes atribuições:
 - i. atender às orientações do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal da outra Parte, observando os termos deste Acordo;
 - ii. interagir com as autoridades governamentais competentes para avaliar e recomendar, quando adequado, **encaminhamentos para as sugestões e reclamações recebidas dos governos e investidores da outra Parte, informando ao governo, ou investidor interessado, o resultado das ações realizadas;**
 - iii. atuar diretamente para prevenir disputas e facilitar a sua resolução em articulação com as autoridades governamentais competentes e em colaboração com entidades privadas pertinentes;
 - iv. **prestar informações tempestivas e úteis** às Partes sobre **questões normativas** relacionadas a **investimentos** em geral ou a projetos específicos acordados;
 - v. relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações. **(grifei)**

Esse papel de instância governamental para orientação do investidor estrangeiro será viabilizado mediante o recurso aos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que tenham relação direta com o investimento.

Inicialmente, deve-se reconhecer que o ponto focal será a figura governamental mais adequada para, ao menos em um primeiro momento,

³⁰⁸ ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>. Acesso em: 2 set. 2019.

³⁰⁹ O Ponto Focal Nacional constitui a essência do mecanismo de governança dos ACFIs, estando previsto em todos os acordos celebrados pelo Brasil. Nesse sentido, os mais recentes ACFIs celebrados pelo Brasil trazem basicamente as mesmas competências do Ponto Focal. Cf. ACFI Brasil-Marrocos – artigo 15(4); ACFI Brasil-Ecuador – artigo 19(2); ACFI Brasil-Índia – artigo 14.4.

orientar o investidor sobre as peculiaridades que permeiam o sistema jurídico brasileiro.

No que concerne particularmente ao princípio da proteção da confiança, o ponto focal, ao garantir tal tratamento ao investidor, estará conferindo-lhe um tratamento correspondente à categoria TJE das expectativas legítimas.

Dessa maneira, o princípio da proteção da confiança proporciona ao ponto focal um instrumental capaz de conferir segurança jurídica ao investidor estrangeiro, já que qualquer ameaça de lesão aos seus interesses poderá ser tutelada mediante o recurso a esse princípio de elevada carga axiológica no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao proporcionar um tratamento especial por meio de orientações ao investidor, o ponto focal será capaz de lhe assegurar proteção de sua esfera de direitos, informando ao mesmo os direitos que lhe são conferidos pelo sistema jurídico.

Por exemplo, ao entabular discussões com o investidor o ponto focal poderá lhe advertir sobre seu direito a recorrer ao instituto da decadência contra algum ato estatal que lhe esteja sendo imposto. Como já analisado em passagem anterior, a decadência protege o particular contra atos estatais que não tenham sido cumpridos no prazo legal.

Além disso, a atuação dessa instância de governança poderá orientar o investidor no sentido de que atos administrativos praticados pelo governo federal gozam de estabilidade, não podendo ser revogados ao sabor de conveniências políticas e, muito menos, sem proporcionar ao investidor uma previsibilidade concorde com a necessidade dos aportes financeiros realizados.

Ainda, no tocante à prevenção de conflitos, embora essa se dê inicialmente no âmbito das relações entre os Estados signatários, não se pode olvidar que a confiança gerada pelo Estado no investidor fomentará um ambiente mais voltado à promoção da segurança jurídica.

Igualmente, a atribuição de prover informações tempestivas e úteis aos investidores possui relação direta com os princípios da transparência e da publicidade, postulados basilares da atuação da Administração Pública no Brasil.

Ao assim proceder, o ponto focal estará convalidando a correspondência com a categoria TJE da transparência, já que ambos os postulados conferem semelhantes proteções ao investidor estrangeiro.

Os ACFIs, ao demandaram a atuação transparente por parte do Brasil, dá concretude a um direito fundamental vigente no ordenamento jurídico brasileiro, que é o direito à publicidade dos atos estatais. Trata-se de um dever de transparência do Estado para com o particular, ligado ao princípio democrático.

Por exemplo, diante da tramitação de determinado projeto no Legislativo, ou mesmo de ato normativo no âmbito do poder Executivo, poderá o ponto focal detalhar ao investidor as particularidades da temática abordada que efetiva ou potencialmente possa afetar os investimentos do estrangeiro.

Além disso, o dever de transparência demandado do ponto focal lhe obriga a tornar públicos os atos administrativos que a Administração venha a adotar e que possam impactar diretamente um determinado investimento.

A título de exemplo, imagine um ato proveniente do órgão responsável por questões ambientais que impacte os investimentos do estrangeiro; será dever do ponto focal adverti-lo sobre tal decisão, se esta já não tiver sido feita pelo respectivo órgão ambiental.

Visando dar concretude à atuação do ponto focal como garantidor de uma correspondência entre o TJE e o direito interno, cumpre ressaltar a existência do Decreto nº 8.863/16³¹⁰, o qual disciplinou a figura do *Ombudsman* (Ponto Focal) no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, para a consecução de sua missão, o referido decreto expressamente dispõe que o ponto focal velará pelo apoio aos investidores estrangeiros, que se dará mediante consultas. Ademais, prevê a solução de

³¹⁰ BRASIL. Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 set. 2016, p. 4.

questionamentos, quando surgirem situações concretas que ameacem os interesses do investidor.³¹¹

No tocante às consultas, essas serão direcionadas à solução de dúvidas legais e procedimentais do acordo, permitindo ao investidor estrangeiro esclarecer questões normativas que impactem seu direito.

O instrumento das consultas dá concretude ao objetivo previsto nos próprios ACFIs, e da figura do ponto focal, de proporcionar ao investidor estrangeiro uma publicidade em relação aos atos administrativos e também em relação ao quadro legal do país.

Por outro lado, o instrumento dos questionamentos busca conferir ao investidor um canal de diálogo para a solução de demandas concretas, mais diretamente relacionadas com uma situação que o investidor esteja enfrentando no país.

Uma questão que se pode suscitar, semelhante com a que foi aventada no caso do Comitê Conjunto, é se a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), responsável pela figura do ponto focal brasileiro, será capaz de cumprir papel tão ambicioso como o que fora previsto nos textos dos ACFIs celebrados.

Dentro do que foi previsto para o ponto focal percebe-se que esta instância de governança pode desempenhar importante papel para assegurar de fato a correspondência entre a cláusula TJE e o direito brasileiro.

Entretanto, trata-se de uma missão bastante ambiciosa tendo em vista a aparente contraposição entre os vultosos recursos advindos de investimentos estrangeiros e os sucessivos cortes promovidos pelo governo em recursos públicos, especialmente de servidores capacitados.

³¹¹ Sobre esses dois institutos, cf.: Art. 2º O OID oferecerá apoio a investidores externos, por meio de consultas e buscará soluções para questionamentos. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.770, de 2019\)](#)

§ 2º Para fins do disposto neste Decreto: [\(Incluído pelo Decreto nº 9.770, de 2019\)](#)

I - consultas são dúvidas gerais sobre a legislação e os procedimentos administrativos relacionados aos investimentos; e [\(Incluído pelo Decreto nº 9.770, de 2019\)](#)

II - questionamentos se referem a situações relacionadas ao caso concreto que estejam afetando os investimentos. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.770, de 2019\)](#).

Seguramente o governo brasileiro deverá ampliar a estrutura sua equipe de técnicos responsáveis pela condução de sua instância de governança institucional, buscando atrair especialistas com formação voltada ao Direito dos Investimentos, assim como fazem países desenvolvidos, e até mesmo em desenvolvimento (e.g. China, Turquia, Índia, etc.).

Em resumo, procedeu-se neste capítulo à análise do papel desempenhado pela governança institucional dos ACFIs para a confirmação de uma correspondência entre a cláusula do tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro.

Esse papel confirmatório do arcabouço institucional dos ACFIs é desempenhado tanto pelo Comitê Conjunto quanto pelo Ponto Focal Nacional (*Ombudsperson*).

Tanto um quanto o outro podem promover uma relação mais próxima com o investidor estrangeiro, servindo como um balcão de diálogo para o melhor gerenciamento dos investimentos no Brasil.

A atuação dessas instâncias de governança será importante principalmente para a ratificação da correspondência entre o princípio brasileiro da proteção da confiança e a categoria TJE das expectativas legítimas, pedra angular de um tratamento justo e equitativo.

Tendo em vista a comprovação feita neste trabalho quanto à correlação entre as categorias do TJE e os princípios/regras do ordenamento nacional, a atividade do Comitê Conjunto e do Ponto Focal Nacional ratifica perante o investidor o paralelismo protetivo entre o direito internacional e o nacional.

Ao final, conclui-se pela existência de um arcabouço institucional nos ACFIs capaz de garantir concretamente ao investidor estrangeiro a proteção legal decorrente da cláusula TJE, a qual se encontra identificada no ordenamento jurídico pátrio. Superada essa análise, passa-se às conclusões.

CONCLUSÃO

A análise feita ao longo deste trabalho confirma que o padrão do tratamento justo e equitativo passou por uma transformação em sua natureza jurídica, evoluindo de uma simples norma positivada em tratados internacionais para uma norma consuetudinária do direito internacional dos investimentos, capaz de gerar obrigações *ex lege*.

Nesse sentido, a recusa brasileira em aceitar a negociação e inclusão da cláusula TJE em seus ACFIs poderia caracterizar o Brasil como um objeto persistente dessa cláusula, fato este que infirmaria as justificativas brasileiras contrárias ao TJE.

Conforme demonstrado, o discurso do governo brasileiro de não aceitação de inclusão da cláusula TJE em seus ACFIs carece atualmente de amparo tanto na amostra de tratados de proteção de investimentos quanto na prática arbitral, vez que se conclui que o padrão é amplamente aceito mundialmente, ao ponto de ter se tornado norma costumeira.

Não obstante, ainda que se verifique o descompasso da posição negociadora brasileira com o restante dos países, é possível atenuar eventuais críticas à posição brasileira por meio da comprovação da manifestação do padrão TJE no direito brasileiro.

Nesse sentido, buscando conjugar a relutância brasileira à aceitação do TJE com a demanda de outros países pela inclusão da cláusula nos ACFIs, o trabalho centrou esforços em investigar se seria possível identificar, no ordenamento jurídico nacional, a manifestação das categorias protetivas da cláusula TJE.

Como resultado, a pesquisa permitiu identificar no sistema jurídico a presença de dispositivos de similar conteúdo normativo para cada elemento TJE, focando-se a investigação, por uma questão de relevância, na categoria das expectativas legítimas.

Assim, no que concerne à categoria TJE das expectativas legítimas, a pesquisa identificou que o ordenamento jurídico brasileiro assegura ao particular

(investidor) proteção de igual densidade por meio do princípio da proteção da confiança. Encontra assento em nível constitucional e legal, mais precisamente no artigo 5º, XXXVI da Constituição e no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Tanto as expectativas legítimas quanto o princípio da proteção da confiança conferem ao particular (investidor) segurança jurídica, nos termos de um Estado de Direito. Assim, ambas as normas salvaguardam os interesses do investidor, por meio de institutos tais presunção de legitimidade das leis, decadência administrativa e ato jurídico perfeito.

Com relação à categoria da proporcionalidade e da razoabilidade, pôde-se constatar a existência do princípio da proporcionalidade em sentido lato, o qual demanda um tratamento estatal que seja razoável perante o particular. Está prevista no Brasil no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal e nas leis nº 9.784/99 e 13.874/19.

Nessa perspectiva, o Estado brasileiro deve evitar adotar medidas que sejam arbitrárias, desproporcionais e desarrazoadas, respeitando a uma só vez tanto o devido processo (legal)³¹² formal quanto o devido processo (legal) material.

A categoria da não discriminação foi identificada no sistema jurídico brasileiro por meio do princípio da igualdade, que obriga o Estado nacional a tratar tanto nacionais quanto estrangeiros de uma forma equânime, sem discriminações arbitrárias. Seu assento legal encontra-se nos artigos 3º, IV, 5º, *caput* e XLI da Constituição Federal, bem como nas leis nº 13.105/15 e 13.445/17.

Ambas as normas (a internacional e o ordenamento nacional) garantem ao investidor o direito à vedação a discriminações injustificadas e discriminatórias, direito este fundado em nível interno no princípio da igualdade, o qual demanda a igualdade entre nacionais e estrangeiros.

Além disso, essa igualdade mostra-se muito relevante em assuntos de natureza tributário, nos quais o Estado age munido de *jus imperii*. Por fim, o

³¹² Utiliza-se o termo “legal” entre parênteses pois o devido processo, embora mais aplicado em sede judicial, também deve ser observado em nível administrativo.

princípio da igualdade engloba uma isonomia material (substancial) e formal (procedimental).

No tocante à categoria TJE da transparência, verificou-se a existência do princípio da publicidade, verdadeira norma obrigatória de publicidade dos atos tanto da Administração Pública quanto do Poder Judiciário. Sua previsão legislativa encontra-se no artigo 37 da Constituição Federal e nas leis nº 12.527/11 e 13.105/15, bem como nos textos dos ACFIs brasileiros.

Ambas as normas demandam uma conduta transparente do Estado, com foco na publicidade dos atos estatais, facultando-se ao particular acesso a informações não cobertas por sigilo. No sistema jurídico nacional contempla uma dupla dimensão: (i) acesso à informação, e (ii) publicidade dos atos da Administração Pública.

Já a categoria do devido processo legal foi ligada internamente ao princípio do devido processo formal e material, o qual demanda, formalmente, a observância de um processo correto, e materialmente, decisões adequadas e proporcionais. Possui assento constitucional, mais precisamente nos incisos LIV e LV da Constituição Federal.

O devido processo legal envolve a proibição de denegação de justiça, constituindo outro princípio corolário do Estado Democrático de Direito. No âmbito interno possui sua vertente de devido processo legal administrativo e devido processo legal judicial, ambos de importância para a tutela dos interesses do investidor estrangeiro.

Por fim, no que tange à categoria da boa-fé, identificou-se a regra da boa-fé objetiva, que demanda das partes contratantes (leia-se: Estado e investidor estrangeiro) uma conduta condizente com um padrão ético de conduta nas relações obrigacionais e contratuais. Está localizado no artigo 422 do Código Civil brasileiro e nas Leis nº 13.105/15, 9.784/99 e 13.874/19.

Trata-se do dever de lealdade das partes contratantes, demandando o exercício honesto e leal dos direitos. Em sede nacional trata-se de verdadeira regra de conduta, buscando o equilíbrio entre as partes.

Diante do confronto das categorias do tratamento justo e equitativo com princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o Brasil, a despeito de não aceitar a cláusula TJE, oferece ao investidor estrangeiro, por meio de seu sistema jurídico, proteção jurídica similar àquela prevista pelo TJE no direito internacional.

Ademais, constatada a manifestação da cláusula TJE em nível abstrato (sistema jurídico), o trabalho analisou o papel das instâncias de governança institucional dos ACFIs como mecanismo de *enforcement* da tutela do investidor prevista em nível abstrato.

Desse modo, verificou-se que as figuras do Comitê Conjunto e do Ponto Focais (*Ombudspersons*) previsto nos ACFIs permitiriam a concretização da proteção jurídica estabelecida em nível constitucional e legal pelo sistema jurídico brasileiro.

Finalizando, conclui-se ao final dessa pesquisa que é possível identificar a manifestação da cláusula do tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico brasileiro, mediante o cotejo entre as categorias TJE e princípios/regras insculpidos no sistema jurídico nacional.

Referida constatação tem o mérito de servir aos negociadores brasileiros como argumento de convencimento de suas contrapartes estrangeiras quando da negociação de futuros ACFIs, os quais certamente não conterão a previsão da cláusula TJE, levando-se em conta a tradição brasileira de ressalva quanto a essa norma do Direito Internacional dos Investimentos.

REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO NACIONAL

BRASIL. Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 set. 2016, p. 4.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966, col. 1, p. 12.452.

_____. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 nov. 2011, Seção 1 – Edição Extra, p. 1.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.447, de 24 de maio de 2017. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mai. 2017, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019, Seção 1 – Extra, nº 183-B, p. 1.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019, Seção 1 – Extra, nº 183-B, p. 1.

TRATADOS E ACORDOS INTERNACIONAIS

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO EQUADOR.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5888/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI E O GOVERNO DO CANADÁ PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5814/download>.

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DA ÍNDIA.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>.

ACORDO ENTRE MALTA E A CONFEDERAÇÃO SUÍÇA SOBRE COMÉRCIO, PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS E COOPERAÇÃO TÉCNICA.

Disponível em:< <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1978>>

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO SURINAME.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5715/download>.

ACORDO DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA ENTRE O GOVERNO DO REINO DO MARROCOS E O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERAL DA NIGÉRIA.

Disponível em:< <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>>.

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5763/download>.

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS EMIRADOS ÁRABES UNIDOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download>.

ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO MALÁSIA-AUSTRÁLIA. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2634>>.

ACORDO ECONÔMICO E COMERCIAL ABRANGENTE ENTRE O CANADÁ E A UNIÃO EUROPEIA [E SEUS ESTADOS MEMBROS]. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

ACORDO ENTRE A REPÚBLICA DO CHILE E O REINO DA ESPANHA PARA A PROTEÇÃO E FOMENTO RECÍPROCO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/708/download>.

ACORDO ENTRE A CONFEDERAÇÃO SUÍÇA E A REPÚBLICA DA VENEZUELA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4836/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO PERU PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4925/download>.

ACORDO DE PROTEÇÃO MÚTUA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/782/download>.

ACORDO DE FOMENTO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI E A REPÚBLICA POPULAR DA HUNGRIA. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1556/download>

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA TURQUIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO BURUNDI RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5838/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FRANCESA E O GOVERNO DA REPÚBLICA ARGENTINA PARA O INCENTIVO E A PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/91/download>.

ACORDO ENTRE O CONSELHO DE MINISTROS DA REPÚBLICA DA ALBÂNIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO AZERBAIJÃO PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4>>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE E O GOVERNO DO REINO DE TONGA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2347>>.

ACORDO ENTRE A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E A REPÚBLICA DE ANGOLA SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/63>>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ARMÊNIA PARA A PROMOÇÃO E A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: < <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/130>>.

ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO PERU SOBRE A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/161>>.

ACORDO ENTRE O JAPÃO E A REPÚBLICA DA COLÔMBIA PARA A LIBERALIZAÇÃO, PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:

<<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/797>>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ÍNDIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA FINLÂNDIA SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:<

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1185>>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FRANCESA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE CINGAPURA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1277/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA AUSTRÁLIA E O GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/148/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA ARGENTINA E O GOVERNO DA NOVA ZELÂNDIA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/108/download>.

ACORDO ENTRE O GOVERNO DO CANADÁ E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA HUNGRIA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:<

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/615>>.

ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E URUGUAI PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.

Disponível

em:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/167/download>.

ACORDO ENTRE AUSTRÁLIA E REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download>.

ACORDO NORTE-AMERICANO DE LIVRE COMÉRCIO. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>>.

ACORDO SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE O REINO DA HOLANDA E A REPÚBLICA FEDERAL CHECA E ESLOVACA. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>>.

TRATADO DE ATRAÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS ENTRE ALEMANHA E BULGÁRIA. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/529>>.

TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTO. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>>.

TRATADO ENTRE E REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E O REINO DO MARROCOS RELATIVO AO ENCORAJAMENTO DE INVESTIMENTOS DE CAPITAIS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5151/download>.

TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA ARGENTINA CONCERNENTE À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>>.

TRATADO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A REPÚBLICA DO PANAMÁ RELATIVO AO TRATAMENTO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3353/download>.

TRATADO ENTRE A REPÚBLICA DA ALEMANHA E A REPÚBLICA DE CAMARÕES RELATIVO À ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE CAPITAIS.

Disponível em:<
<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/588>>.

TRATADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E A REPÚBLICA ISLÂMICA DO AFGANISTÃO PARA A PROMOÇÃO E A PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em:<
<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1>>.

TRATADO ENTRE A REPÚBLICA DA COREIA E A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS. Disponível em:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1351/download>.

TRATADO ENTRE O GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O GOVERNO DA REPÚBLICA DE RUANDA RELATIVO À PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTO. Disponível em:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2241/download>.

TRATADO ENTRE A REPÚBLICA ITALIANA E A REPÚBLICA ARGENTINA PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTO. Disponível em:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/99/download>.

DECISÕES JUDICIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 1340152/DF. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Julgamento: 06/11/2018.

_____. RESP 1116792/PB. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Seção. Julgamento: 24/11/2010.

_____. REsp 1396488/SC. Relator: Min. Humberto Martins. Primeira Seção. Julgamento: 25/02/2015.

_____. HC 91474/RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento: 23/02/2010.

_____. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1382353/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgamento: 07/05/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 951533 AgR-segundo/ES. SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para Acórdão: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma. Julgamento: 12/06/2018.

_____. ARE 861595 AgR/MT. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 27/04/2018.

_____. ARE 823985 AgR/MG. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

_____. MS 28223 AgR-segundo/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento: 24/03/2017.

_____. MS 27006 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 15/03/2016.

_____. MS 29314 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgamento: 08/03/2016.

_____. MS 28917 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento: 13/10/2015.

_____. MS 27467 AgR/DF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 08/09/2015.

_____. MS 28494/MT. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 02/09/2014.

_____. ARE 704882/RJ. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgamento: 18/12/2012.

_____. RE 566621/RS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento: 04/08/2011.

_____. MS 24.268. MANDADO DE SEGURANÇA. Relatora Originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 05/02/2004.

_____. ARE 652469 AgR/PA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 26/09/2017.

_____. ARE 823985 AgR/MG. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

_____. ARE 1110171 AgR-ED/ES. EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento: 31/05/2019.

_____. RE 1145279 AgR/SC. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 01/03/2019.

_____. ADI 4169/RR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2018.

_____. ADI 2898/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Dias Tofolli. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/10/2018.

_____. RE 865401/MG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Dias Tofolli. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/04/2018.

_____. ACO 1823 AgR/RN. AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 17/05/2019.

_____. RE 1011827 AgR/DF. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento: 29/04/2019.

_____. ADI 4884 ED/RS. EMB.DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgamento: 20/09/2018.

DECISÕES DE TRIBUNAIS ARBITRAIS

ADF Group Inc. c/ Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB(AF)/00/1, Decisão Final (09/01/2003).

Alemanha c/ Dinamarca e Países Baixos, Caso CIJ, Decisão Final (20/02/1969).

Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua c/ EUA), Caso Corte Internacional de Justiça, Decisão Final (27/06/1987), para. 186.

Azurix Corp. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/01/12, Decisão Final (14/07/2006).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sayani A.S. c/ Paquistão, Caso ICSID No ARB/03/29, Decisão Final (27/08/2009).

Bernhard Friedrich Arns Rüdiger and others c/ República do Zimbábue, Caso ICSID ARB/10/15, Decisão Final (28/07/2015).

Biwater Gulf (Tanzania) Ltd. c/ República Unida da Tanzânia, Caso ICSID No ARB/05/22, Decisão Final (24/07/2008).

Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte. Alemanha c/ Dinamarca e Países Baixos, Caso CIJ, Decisão Final (20/02/1969).

Cargill Incorporated c/ República da Polônia, Caso UNCITRAL, Decisão Final (05/03/2008).

CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telecom Devas Mauritius Limited c/ República da Índia, Caso UNCITRAL No 2013-09, Decisão de Jurisdição e Mérito (25/07/2016).

Cervin and Rhone c/ República da Costa Rica, Caso ICSID No ARB/13/2, Decisão Final (07/03/2017).

CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001).

CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina, Caso ICSID No AARB/01/8, Decisão Final (12/05/2005).

_____, Caso ICSID No. ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 280

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso da Plataforma do Mar do Norte, Decisão de Mérito, CIJ, 1969. Disponível em: https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II.

Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB(AF)/11/2, Decisão Final (04/04/2016).

Deutsche Bank AG c/ República do Sri Lanka, Caso ICSID No ARB/09/02, Decisão Final (31/10/2012).

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (“Duke”) c/ República do Equador, Caso ICSID No ARB/04/19, Decisão Final (18/08/2008).

El Paso Energy International Company c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011).

Emilio Agustín Maffezini c/ Reino da Espanha, Caso ICSID No ARB/97/7, Decisão Final (13/11/2000).

Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB/10/19, Decisão Final (18/11/2014).

Gold Reserve Inc. c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB(AF)/09/1, Decisão Final (22/09/2014).

Impregilo S.p.A. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/07/17, Decisão Final (12/06/2011).

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others c/ Ucrânia, Caso ICSID No ARB/08/8, Decisão Final (01/03/2012).

International Thunderbird Gaming Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso UNCITRAL, Decisão Final (26/01/2006).

LG&E Energy Corp. and others c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/1, Decisão Final (03/10/2006).

Lemire c/ Ucrânia, Caso ICSID No ARB/06/18, Decisão sobre Jurisdição e Responsabilidade (14/01/2010).

Louis Aboilard (República Francesa) c/ República do Haiti, Decisão Final (26/07/1905).

Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No. ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000).

Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB/07/27, Decisão Final (09/10/2014).

Mondev International Ltd. c/ Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB(AF)/99/2, Decisão Final (11/10/2002).

MTD Equity SDN.BHD. and other c/ República do Chile, Caso ICSID No ARB/01/7, Decisão Final (25/05/2004).

OAo Tatneft c/ Ucrânia, Caso UNCITRAL, Decisão Final (29/07/2014).

Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres No. UN 3467, Decisão Final (1/07/2004).

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso ICSID No ARB/06/11, Decisão Final (05/10/2012).

OI European Group B.V. c/ República Bolivariana da Venezuela. Caso ICSID No ARB11/25, Decisão Final (10/03/2015).

OIEG European Group B.V c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB/11/25, Decisão Final (10/03/2015), para. 491.

Oxus Gold c/ República do Uzbequistão, Caso UNCITRAL, Decisão Final (17/12/2015).

Parkerings-Compagniet AS c/ República da Lituânia, Caso ICSID No ARB/05/8, Decisão Final (11/09/2007).

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c/ República da Turquia, Caso ICISD No ARB/02/05, Decisão Final (19/01/2007).

Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. c/ Estado Plurinacional da Bolívia, Caso ICSID No ARB/06/2, Decisão Final (16/09/2015).

República Francesa (Louis Aboilard) c/ República do Haiti, Caso Nações Unidas, Decisão Final (26/07/1905).

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c/ República do Cazaquistão, Caso ICSID No ARB/05/16, Decisão Final (29/07/2008).

Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (17/03/2006).

Sempra Energy International c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/16, Decisão Final (28/09/2007).

Siemens A.G. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/02/8, Decisão de Mérito (06/02/2007).

S.D. Myers, Inc. c/ Governo do Canadá, Caso arbitragem do NAFTA sob as regras de arbitragem da UNCITRAL, Decisão Parcial (13/11/200).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A., Caso ICSID No ARB/03/17, Decisão sobre Responsabilidade (30/07/2010).

Swisslion DOO Skopje c/ Antiga República Iugoslava da Macedônia, Caso ICSID No ARB/09/16, Decisão Final (06/07/2012).

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/00/2, Decisão Final (29/05/2003).

TECO Guatemala Holdings LLC c/ República da Guatemala, Caso ICSID No ARB/10/17, Decisão Final (19/12/2013).

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/09/1, Decisão Final (21/07/2017).

The Loewen Group Inc. c/ Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB(AF)/98/3, Decisão Final (25/06/2003).

Urbaser and CABB c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/07/26, Decisão Final (08/12/2016).

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c/ República Árabe do Egito, Caso ICSID No ARB/05/15, Decisão Final (01/06/2009).

Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos (Número 2), Caso ICSID No ARB(AF)/00/3, Decisão Final (30/04/2004).

Windstream Energy LLC c/ Governo do Canadá, Caso UNCITRAL, Decisão Final (27/09/2016).

LIVROS E ARTIGOS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 17 ed. São Paulo: Saraiva.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Wellington Pacheco, BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. A proporcionalidade como princípio de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WAIBEL, Michael. The political economy of the investment treaty regime. Oxford University Press, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DE MEDEIROS NETO, Elias Marques; SORRILHA, Rubia Cristina. O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro: Um breve estudo no novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 18, n. 1, 2017.

DE MELLO, Celso Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DINSTEIN, Yoram. The interaction between customary Law and treaties. *In* Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law. Haia, 2007.

DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. Santa Clara Journal of International Law, v. 12, 2013.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. Revista de Informação Legislativa, v. 52, n. 208, p. 247-276, 2015.

GAUKRODGER, D. (2017), The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper, *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, OECD Publishing: Paris, 2017.

GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment. Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 9, n. 2, 2010.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 09-46, 2009.

LOPEZ ESCARCENA, Sebastian. Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment. Boston College Law Review, v. 59, p. 2685, 2018.

LIM, C. L.; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. International investment Law and arbitration: Commentary, awards and other materials. Vambridge University Press, 2018. p. 263.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. Manual de metodologia jurídica: Técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2017.

_____, Nitish. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 5, p. 551-561, 2015.

_____, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in international investment law. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 1, n. 1, p. 145, 2013.

MOROSINI, Fabio Costa; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de direito internacional*. Brasília: UniCEUB, 2015. Vol. 12, n. 2 (2015), p. 421-447, 2015.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. The Oxford handbook of international investment law. Oxford University Press on Demand, 2008.

NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do direito internacional. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Custo elementar. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHILL, Stephan W. Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, v. 3, n. 5, 2006.

_____, The multilateralization of the international investment Law: Emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law & Development (TL&D) Journal*, v. 2, p. 11, 2010.

_____, Stephan W. The multilateralization of the international investment Law: Emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law & Development (TL&D) Journal*, v. 2, p. 11, 2010.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*. v. 6, n. 3, 2005.

SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. A reviravolta empírica na doutrina do direito internacional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, 2015.

SHAW, Malcom N. Direito Internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *NYUJ International Law & Policy*, v. 43, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional público. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VILLARROEL, Ivette Esis. Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, v. 3, n. 5, p. 295-316, 2015.

SÍTIOS DA INTERNET

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Fair and Equitable Treatment: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

_____. Transparency: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Nações Unidas, 2012.

_____. Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

_____. Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>.

_____. Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

_____. Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iialInnerMenu>>.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Ombudsman* de Investimentos Diretos. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/pt>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03,

OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>. Disponível em:
https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf.

APÊNDICE A – MODELO DE QUESTIONÁRIO

AUTORIZAÇÃO

Eu, _____, autorizo Leonardo Vieira Arruda Achtschin utilizar as informações apresentadas neste questionário para desenvolvimento de sua pesquisa científica no âmbito do programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

As informações contidas no presente questionário serão utilizadas tão somente para a finalidade da referida pesquisa científica.

Brasília-DF, [dia] de [mês] de [ano].

Assinatura do entrevistado



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Departamento de Direito
Mestrado em Direito
Pesquisador: Leonardo Vieira Arruda Achtschin
Matrícula Acadêmica: RA61600086

Prezado Senhor,

Ao responder a este questionário Vossa Senhoria contribuirá sobremaneira para minha pesquisa acadêmica desenvolvida no programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). A pesquisa, cujo objeto final será a produção de uma dissertação de mestrado, busca analisar a cláusula do Tratamento Justo e Equitativo (TJE) à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

As informações apresentadas neste questionário destinar-se-ão, única e exclusivamente, para fins de pesquisa científica no âmbito do trabalho mencionado.

Aproveito desde já para agradecer por sua inestimável contribuição.

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Nome: _____

Instituição: _____

Cargo: _____

Questionário

1) Na década de noventa do século passado o Brasil celebrou 14 (catorze) Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs), nos quais o governo brasileiro, representado pelo Poder Executivo, negociou nos textos dos APPIs a Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo (TJE). Qual era a justificativa do Executivo para a estipulação de tal cláusula nos anos noventa?

Resposta:

2) Ainda com relação aos APPIs assinados internacionalmente na década de noventa, sabe-se que nenhum deles foi aprovado pelo Congresso Nacional. No que concerne particularmente à cláusula TJE, o senhor sabe se o Poder Legislativo fez alguma análise valorativa quanto à cláusula ou tão somente deixou de analisar os APPIs como um todo?

Resposta:

3) Atualmente o governo brasileiro optou por um modelo próprio de acordo de proteção de investimentos, denominado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). Por qual razão o governo brasileiro (Poder Executivo) não aceita negociar a cláusula TJE em seus ACFIs?

Resposta:

4) O fato do Brasil não aceitar a cláusula TJE tem gerado dificuldades nas negociações e conclusões de tratados de proteção de investimentos?

Resposta:

5) Ao não aceitar a cláusula TJE na negociação de seus ACFIs, o governo brasileiro oferece algum nível de salvaguarda ao investidor estrangeiro que seja equiparável à cláusula TJE?

Resposta:

6) Com quais países o Brasil negocia ACFIs atualmente?

Resposta: